

## Gender und Recht: Perspektiven aus den Legal Gender Studies

Beier, Marisa (Ed.); Erdogan, Mete (Ed.); Graf, Anna (Ed.); Graf, Fabienne (Ed.); Haux, Dario (Ed.); Meier, Julia (Ed.); Nickerson, Nicole (Ed.); Picocchi, Dario (Ed.); Ritter, Jan Hendrik (Ed.); Sang Bastian, Arezoo (Ed.); Spirig, Eliane (Ed.); Wujohktsang, Youlo (Ed.)

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerk / collection

**Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:**

transcript Verlag

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Beier, M., Erdogan, M., Graf, A., Graf, F., Haux, D., Meier, J., ... Wujohktsang, Y. (Hrsg.). (2023). *Gender und Recht: Perspektiven aus den Legal Gender Studies* (Gender Studies). Bielefeld: transcript Verlag. <https://doi.org/10.14361/9783839465950>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-SA Lizenz (Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-SA Licence (Attribution-ShareAlike). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0>

COGNITIO / F.IUS (HG.)

# GENDER UND RECHT

PERSPEKTIVEN AUS DEN  
LEGAL GENDER STUDIES

[transcript] GenderStudies

cognitio, F.Ius, Marisa Beier, Mete Erdogan, Anna Graf, Fabienne Graf, Dario Haux,  
Julia Meier, Nicole Nickerson, Dario Picocchi, Jan Hendrik Ritter, Arezoo Sang Bastian,  
Eliane Spirig, Youlo Wujohktsang (Hg.)

Gender und Recht

**cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft** ist eine an der Universität Luzern akkreditierte rechtswissenschaftliche Zeitschrift, die seit ihrer Gründung 2018 Open Access publiziert wird. Mittels Peer-Review unterstützt der gemeinnützige Verein junge Studierende und Nachwuchsforschende auf dem Weg zur ersten Publikation. Dabei begleitet die Redaktion nicht nur den kritischen Denk- und Schreibprozess, sondern hilft auch bereits geschriebene Arbeiten auszubauen.

**F.Ius** (Feministisch.Ius) ist eine akkreditierte studentische Organisation an der Universität Zürich. Der Verein fördert die Sichtbarkeit intersektionaler feministischer Perspektiven, Gleichstellungsfragen und die Legal Gender Studies in der rechtswissenschaftlichen Lehre, Forschung und Praxis. F.Ius organisiert Vorträge und Workshops, Events zwecks Etablierung von Netzwerken und ist auch publizistisch tätig.

**Marisa Beier** (MLaw) ist Doktorandin im universitären Forschungsschwerpunkt Equality of Opportunity der Universität Zürich und Gastforscherin am Lauterpacht Centre for International Law der Universität Cambridge.

**Mete Erdogan** (BLaw) ist Masterstudent an der Universität Basel und Hilfsassistent am Lehrstuhl für Strafrecht von Prof. Dr. Christopher Geth.

**Anna Graf** ist Bachelorstudentin mit Hauptfach Sozialwissenschaften und Nebenfach Volkswirtschaftslehre an der Universität Bern und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft. Sie ist zudem redaktionelle Mitarbeiterin bei der Lokalzeitung »Willisauer Bote«.

**Fabienne Graf** (MLaw, LL.M.) ist Doktorandin an der Universität Luzern und der Humboldt-Universität zu Berlin sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) der Universität Zürich.

**Dario Haux** (Dr. iur., LL.M.) ist Substitut in einer Anwaltskanzlei in Zürich.

**Julia Meier** (LL.M.) ist SNF-Doc.CH-Stipendiatin und Doktorandin am Institut für Völkerrecht an der Universität Zürich.

**Nicole Nickerson** (MLaw, LL.M.) ist Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich.

**Dario Picocchi** (Dr. iur.) ist Jurist und Lehrbeauftragter.

**Jan Hendrik Ritter** (MLaw) ist Doktorand am Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie von Prof. Dr. iur. Marc Amstutz an der Universität Fribourg.

**Arezo Sang Bastian** (MLaw) ist Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Bächler an der Universität Zürich und Geschäftsleiterin des Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies (CIMELS) an der Universität Zürich.

**Eliane Spirig** (MLaw) ist Juristin im Bereich Finanzmarktrecht in einem Beratungsunternehmen.

**Youlo Wujohksang** (MLaw) ist Doktorandin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich und Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen.

cognitio, F.lus, Marisa Beier, Mete Erdogan, Anna Graf, Fabienne Graf, Dario Haux,  
Julia Meier, Nicole Nickerson, Dario Piccchi, Jan Hendrik Ritter,  
Arezo Sang Bastian, Eliane Spirig, Youlo Wujohktsang (Hg.)

## **Gender und Recht**

Perspektiven aus den Legal Gender Studies

**[transcript]**

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.



Dieses Werk ist lizenziert unter der Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 Lizenz (BY-SA). Diese Lizenz erlaubt unter Voraussetzung der Namensnennung des Urhebers die Bearbeitung, Vervielfältigung und Verbreitung des Materials in jedem Format oder Medium für beliebige Zwecke, auch kommerziell, sofern der neu entstandene Text unter derselben Lizenz wie das Original verbreitet wird.

Die Bedingungen der Creative-Commons-Lizenz gelten nur für Originalmaterial. Die Wiederverwendung von Material aus anderen Quellen (gekennzeichnet mit Quellenangabe) wie z. B. Schaubilder, Abbildungen, Fotos und Textauszüge erfordert ggf. weitere Nutzungsgenehmigungen durch den jeweiligen Rechteinhaber.

### **Erschienen 2023 im transcript Verlag, Bielefeld**

© **cognitio, F. Ius, Marisa Beier, Mete Erdogan, Anna Graf, Fabienne Graf, Dario Haux, Julia Meier, Nicole Nickerson, Dario Picocchi, Jan Hendrik Ritter, Arezoo Sang Bastian, Eliane Spirig, Youlo Wujohktsang (Hg.)**

Umschlaggestaltung: Maria Arndt, Bielefeld

Korrektorat: cognitio, Carolyn Boyle, Brighton, UK und Christoph Vogt, Kloten (CH)

Druck: Majuskel Medienproduktion GmbH, Wetzlar

<https://doi.org/10.14361/9783839465950>

Print-ISBN 978-3-8376-6595-6

PDF-ISBN 978-3-8394-6595-0

Buchreihen-ISSN: 2625-0128

Buchreihen-eISSN: 2703-0482

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier mit chlorfrei gebleichtem Zellstoff.

Besuchen Sie uns im Internet: <https://www.transcript-verlag.de>

Unsere aktuelle Vorschau finden Sie unter [www.transcript-verlag.de/vorschau-download](http://www.transcript-verlag.de/vorschau-download)

# Inhalt

---

## **Vorwort**

*Michelle Cottier* ..... 7

## **Im (Wieder-)Aufbau**

Juristische Bildung und Diskurse aus feministischen Perspektiven

*cognitio-Redaktion/Verein F.Ius/Marisa Beier/Mete Erdogan/Anna Graf/Fabienne Graf/Dario*

*Haux/Julia Meier/Nicole Nickerson/Dario Picecchi/Jan Hendrik Ritter/Arezo Sang*

*Bastian/Eliane Spirig/Youlo Wujohktsang*..... 11

## **Der Geschlechterbegriff**

### **im schweizerischen Gleichstellungsgesetz**

Die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung

als direkte Geschlechterdiskriminierung

*David J. Rosenthal* ..... 17

## **#MeToo –**

### **Just Another Symptom of Neoliberal Feminism?**

*Lea Ina Schneider* ..... 35

## **Trans Kinder in der Schule**

Von rechtlichen Herausforderungen und Integration

*Andrea Büchler/Antonella Schmucki* ..... 45

## **Eine feministische Kritik am juristischen**

### **Studium in der Schweiz**

*Benjamin Stückelberger/Meret Lüdi/Sandrine Nüssli* ..... 69

**Die sogenannte «intersektionelle» Diskriminierung**

Der Umgang Schweizer Gerichte mit dem Konzept der Intersektionalität am Beispiel des Einbürgerungsrechts

*Manuela Hugentobler/Barbara von Rütte* ..... 83

**Das Institut der Ehe im Wandel**

Legalisierung der Polygamie?

*Daniela Franziska Odermatt* ..... 107

**Feminist Judgment:**

**A Commentary on *Johnson v. Ramsden***

*Anna Elisa Stauffer* ..... 131

**Beweislastumkehr in Gleichstellungsprozessen**

*Tatjana Metzger* ..... 143

**Der Schwangerschaftsabbruch  
in Deutschland und der Schweiz**

Ein Rechtsvergleich anhand der Autonomiefrage der ungewollt schwangeren Person

*Valentina Chiofalo/Marlene Wagner* ..... 159

**Individual and Institutional Dimensions of Epistemic  
Injustice in Swiss Legal Education**

Remarks and Ways Forward

*Sofia Balzaretto/Stephanie Deig* ..... 187

**Prostitution in der Schweiz: eine kritisch-feministische Würdigung der Rechtslage nach  
Catharine A. MacKinnon**

Das Schwedische Modell als Alternative?

*Anna Camozzi* ..... 203

**Von Roe über Casey zu Dobbs**

Schwangerschaftsabbrüche im Verfassungsrecht der USA

*Raphaela Cueni* ..... 223

**Autor:innenverzeichnis** ..... 259



# Vorwort

---

*Michelle Cottier*

Zwölf Beiträge zu den Legal Gender Studies zu einem breiten Spektrum von Fragen rechtlicher Aktualität sind in diesem Band versammelt. Eine neue Generation von Autor:innen, bestärkt durch den landesweiten feministischen Streik von 2019, meldet sich darin zu Wort und zeigt, wie lebendig der rechtswissenschaftliche Zweig der trans- und interdisziplinär verfassten Gender Studies in der Schweiz ist. Wir verdanken den Band dem Verein F.Ius, der auch die Initiative zu einer Vorlesungs- und Workshopreihe an der Universität Zürich im Jahr 2020 ergriffen hat, und der Redaktion der Zeitschrift *cognitio*.

Die Autor:innen entwerfen die Vision einer Rechtsausbildung, die es allen angehenden Jurist:innen erlaubt, kritisch über das Selbstverständnis der juristischen Profession sowie über die Grenzen des eigenen Fachwissens zu reflektieren (BENJAMIN STÜCKELBERGER/MERET LÜDI/SANDRINE NÜSSLI), und sie für Machtverhältnisse entlang von Geschlecht, Rasse und anderen Diskriminierungsfaktoren sensibilisiert (SOFIA BALZARETTI/STEPHANIE DEIG).

Könnten aktuell tätige Richter:innen auf dieses Wissen der Legal Gender Studies zurückgreifen,<sup>1</sup> würde so mancher Gleichstellungs- oder Diskriminierungsfall anders als heute zugunsten der benachteiligten Partei ausgehen, so ist es jedenfalls nach Lektüre der Beiträge zu hoffen: So könnte das Bundesgericht anders als in BGE 145 II 153 mit DAVID J. ROSENTHAL die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einer Person als direkte Geschlechterdiskriminierung i.S.v. Art. 3 GlG erkennen. Dank verbesserter Kenntnis des Konzepts der Intersektionalität könnten Schweizer Gerichte mit MANUELA HUGENTOBler und BARBARA VON RÜTTE die Verweigerung der Einbürgerung wegen Sozialhilfebezugs gegenüber einer alleinerziehenden Mutter eines behinderten Kindes als paradigmatischen Fall intersektionaler Diskriminierung erfassen. Der US-amerikanische Supreme Court würde RAPHAELA CUENI folgend das Recht auf einen selbstbe-

---

1 Zur Notwendigkeit der Expertise im Bereich des Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrechts als wesentliche Bedingung für die Wahl von Richter\*innen an das Bundesgericht vgl. BOILLET VÉRONIQUE/COTTIER MICHELLE/HOTZ SANDRA/KAPFERER NILS/KÜNG ZITA/WEPFER SERAINA, Vorwort, in: Studer Brigitte/Wytenbach Judith (Hrsg.), *Frauenstimmrecht, Historische und rechtliche Entwicklungen 1848–1971*, Zürich 2021.

stimmten Schwangerschaftsabbruch stärken, statt es abzuschaffen – wie jüngst im Fall *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (2022) geschehen. Ein Stück weit betreiben alle diese Autor:innen eine Neuschreibung von publizierten Gerichtsurteilen, wie sie im angelsächsischen Raum im Rahmen von *Feminist Judgement Projects* betrieben wird, und von ANNA ELISA STAUFFER in ihrem Beitrag vorgestellt wird – als wirkungsvolle Methode, die über die Rechtsprechungskritik hinaus alternative Urteilstexte vorschlägt.

Wo das geltende Gesetzesrecht der Rechtspraxis Grenzen setzt, machen andere Autor:innen rechtspolitische Vorschläge: So formuliert TATJANA METZGER Empfehlungen für die Lösung von Beweisschwierigkeiten in Gleichstellungsprozessen u.a. durch Stärkung der Beweislastumkehr im Gleichstellungsgesetz. Das Strafrecht erscheint als rechtspolitischer Brennpunkt des Bands: Im Hinblick auf den Schutz sexueller Autonomie im Bereich der Prostitution – eine in der feministischen Debatte umstrittene Frage – positioniert sich ANNA CAMOZZI zugunsten eines strafrechtlichen Verbots der Sexarbeit nach dem «Schwedischen Modell», und einer Abkehr vom liberalen, auf der Wirtschaftsfreiheit basierenden Schweizer Modell. Auf weniger Strafe und Zwang setzen dagegen VALENTINA CHIOFALO und MARLENE WAGNER im Namen des Schutzes reproduktiver Autonomie im Bereich der Abtreibungsgesetzgebung. In LEA INA SCHNEIDERS Beitrag zu #MeToo erscheint die Veröffentlichung von Erfahrungen sexueller Gewalt auf Social Media als zum Strafrecht komplementäre Sanktion der Täter.

Trotz dieser sehr unterschiedlichen Einschätzungen zur Bedeutung und Wirksamkeit von Recht als Instrument zum Wandel der Geschlechterverhältnisse<sup>2</sup>, teilen wohl alle Vertreter:innen der Legal Gender Studies die gemeinsame Vision einer Gesellschaft, in der alle Menschen «ohne Angst verschieden sein»<sup>3</sup> können. So erscheint dies besonders deutlich bei DANIELA FRANZISKA ODERMATT, die sich von der rechtlichen Öffnung der Ehe für polyamore Lebensgemeinschaften eine erhöhte gesellschaftliche Akzeptanz dieser Lebensform verspricht. ANDREA BÜCHLER und ANTONELLA SCHMUCKI empfehlen, statt auf rechtliche Verfahren in erster Linie auf Gespräche und Kompromisse zu setzen, um Ängste, Unverständnis und Stigmatisierung von trans Kindern in der Schule zu überwinden.

Die Beiträge machen deutlich: Es braucht Mut, sich wissenschaftlich als Vertreter:in der Legal Gender Studies zu positionieren, denn sie stellen Gewissheiten in Frage und nehmen eine kritische Haltung gegenüber der traditionellen Rechtswissenschaft und dem geltenden Recht ein. Diese Kritik ist nach wie vor notwendig, auch dies wird klar: Das Gleichstellungsrecht und das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind nur ungenügend umgesetzt, und die Anerkennung intersektionaler Diskriminierungsformen durch Schweizer Gerichte steht noch aus. Es fehlt an der vollen Anerkennung des Rechts auf persönliche Freiheit im Bezug auf Lebensform und Geschlechtsidentität. Sexuelle und reproduktive Autonomie werden durch das Recht zu wenig ge-

2 Vgl. auch die Beiträge in ARIOLI KATHRIN/COTTIER MICHELLE/FARAHMAND PATRICIA/KÜNG ZITA (Hrsg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2008.

3 THEODOR W. ADORNO zitiert nach MAIHOFER ANDREA, *Zum emanzipatorischen Potenzial in den gegenwärtigen Auseinandersetzungen um die Geschlechterverhältnisse*, in: Brandstetter Johanna/Bronner Kerstin/Köngeter Stefan/Laib Andreas/Pohl Axel/Stiehler Steve (Hrsg.), *Soziale Frage(n) der Zukunft*, Berlin 2021, S. 87 ff., S. 106.

schützt, oder zu stark beschränkt. Die hier versammelten Texte zeigen Lösungen auf, und zeugen von der Kreativität und Innovationskraft, die freigesetzt wird, wenn mit feministischer Theorie und Gender Studies das Studium, die Wissenschaft, die Praxis und die Politik des Rechts neu gedacht wird.



# Im (Wieder-)Aufbau

## Juristische Bildung und Diskurse aus feministischen Perspektiven

---

*cognitio-Redaktion/Verein F.lus/Marisa Beier/Mete Erdogan/Anna Graf/Fabienne Graf/Dario Haux/Julia Meier/Nicole Nickerson/Dario Piccchi/Jan Hendrik Ritter/Arezo Sang Bastian/Eliane Spirig/Youlo Wujohktsang*

### 1 Legal Gender Studies als Rechtskritik

Bis heute dominiert in den schweizerischen Rechtswissenschaften die Vorstellung, das Recht sei in Bezug auf Geschlechterkategorien eine unbefangene Instanz. Dieser Ansicht zufolge ist das Recht notwendigerweise ein objektiv-neutrales und somit geschlechtsloses Phänomen, welches als gesellschaftliches Steuerungsinstrument dient. Betrachtet man das Regelungsgefüge indes aus einer dem weiblichen<sup>1</sup> Lebenszusammenhang entnommenen Perspektive, zeigt sich, dass das Recht den ungleichen sozialen Realitäten der verschiedenen Geschlechter nur ungenügend Rechnung trägt.

Die Legal Gender Studies haben sich vor diesem Hintergrund der Aufgabe angenommen, in der juristischen Forschung die Vielzahl an problematischen Konstruktionen von Geschlechterkategorien und damit zusammenhängenden Machtverhältnissen im Recht und seiner Wissenschaft offenzulegen. Dabei wird das Geschlecht als sozial – also u. a. durch das Recht – konstruierte Kategorie verstanden, mit deren Hilfe Macht und Herrschaft organisiert werden.<sup>2</sup> Dies hat zur Folge, dass das Recht Hierarchien sowie starre Rollenverteilungen zwischen den verschiedenen Geschlechtern herstellt bzw. aufrechterhält und letztlich legitimiert. In der Gesetzgebung verankerte strukturelle Machtgefälle sowie damit einhergehende rechtliche Benachteiligungen der Geschlechter gehen jedoch über die binäre Kategorie von Mann und Frau hinaus: Die herrschende Geschlechterordnung im Recht stützt sich genauso auf Normen der körperlichen Eindeutigkeit und der Heterosexualität wie auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht

---

1 In diesem Beitrag werden verschiedene Formen der gendergerechten Sprache verwendet. Die in diesem Editorial bewusst abgebildete Vielfalt in der Umsetzung zeigt verschiedene mögliche Ansätze auf, um die Diskussion zur Gestaltung einer inklusiven Sprache auch in den Rechtswissenschaften anzuregen.

2 Siehe zum ganzen Abschnitt: F.lus, Von der Wichtigkeit der Legal Gender Studies, in: Sièrene (Hrsg.), Herrschaft, Widerstand und Emanzipation in den Bildungsanstalten, Basel 2020, S. 60 ff.

oder auf Geschlechtsstereotype. In der jüngeren rechtswissenschaftlichen Forschung rücken deshalb auch Post-Gender-Perspektiven<sup>3</sup> und die Intersektionalität, d. h. die Überschneidung von verschiedenen Diskriminierungsformen,<sup>4</sup> in den Vordergrund.<sup>5</sup>

Trotz den Erkenntnissen der Legal Gender Studies spielt eine kritische Analyse rechtlicher Konstruktionen der Geschlechterkategorien in der juristischen Ausbildung in der Schweiz eine untergeordnete Rolle. Bemerkenswert ist, dass Initiativen zum Wissensaufbau und akademischen Austausch im Bereich der Legal Gender Studies zu einem grossen Teil von Student:innen und jungen Akademiker:innen stammen.<sup>6</sup>

Für die Förderung der Legal Gender Studies im juristischen Studium an der Universität Zürich setzt sich seit dem Jahr 2019 eine Gruppe von Nachwuchsforschenden ein. Diese gründete im Nachgang des zweiten schweizweiten Frauenstreiktages den studentischen Verein F.Ius (Feministisch.Ius). Der Verein hat das Ziel, die Sichtbarkeit von Gleichstellungsfragen, Intersektionalität, LGBTQIA+-Anliegen sowie Feminismus in den Rechtswissenschaften zu erhöhen.<sup>7</sup> Um dieses Anliegen zu unterstreichen, hat F.Ius im Herbstsemester 2020 an der Universität Zürich eine Vorlesungs- und Workshopreihe mit dem Titel «Legal Gender Studies: Entwicklungen in der Schweiz» organisiert. Zu den Teilnehmenden gehörten Akademiker:innen, Praktiker:innen sowie Nachwuchsforschende und Studierende, welche an vier Veranstaltungen darüber diskutierten, inwiefern das Schweizer Recht bestehende Macht- und Geschlechterverhältnisse festschreibt, welche Konsequenzen dies für einzelne Personengruppen hat und wie der Eingang der Legal Gender Studies in die rechtswissenschaftliche Lehre und Forschung diese Machtgefälle sichtbar machen kann.<sup>8</sup> Im Nachgang an die Vorlesungs- und Workshopreihe entstand die Idee, den Teilnehmer:innen und weiteren interessierten Jurist:innen die Gelegenheit zu geben, die erreichten Ergebnisse sowie diskutierten Fragen rund um die Legal Gender Studies in einem wissenschaftlichen Beitrag zu behandeln bzw. festzuhalten und diese der Öffentlichkeit im Open-Access-Format zugänglich zu machen.

Dieser Hintergrund erklärt auch die Zusammenarbeit mit «cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft». Seit der Gründung im Frühling 2018 befasst sich die Redaktion der Zeitschrift mit Fragen zur rechtswissenschaftlichen Ausbildung und bietet Nachwuchswissenschaftler:innen ein innovatives Format am Schnittpunkt von For-

---

3 Als Wegbereiterin dieses Ansatzes gilt BUTLER JUDITH, *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, New York 1990.

4 Zum Begriff der Intersektionalität siehe wegweisend CRENSHAW KIMBERLE, *Mapping the Margins, Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in: *Stanford Law Review* 1991/46, S. 1241 ff.

5 Siehe von STEPHAN INGE, *Gender, Geschlecht und Theorie*, in: von Braun Christina/Stephan Inge (Hrsg.), *Gender-Studien, Eine Einführung*, 2. Aufl., Stuttgart 2006, S. 52 ff., S. 63 ff.; BERGMANN FRANZISKA, *Gender und Queer Studies, Einführung*, in: Bergmann Franziska/Schössler Franziska/Schreck Bettina (Hrsg.), *Gender Studies*, Bielefeld 2012, S. 117 ff., S. 119 ff.

6 Siehe bspw. FRI-Lesekreis: *Feministische und queere Rechtskritik; «Forum Legal Gender Studies» der Martin-Luther-Universität, Halle-Wittenberg*.

7 Siehe die Website des Vereins F.Ius: [www.uzh.ch/blog/fius](http://www.uzh.ch/blog/fius).

8 Programm der Vorlesungs- und Workshopreihe «Legal Gender Studies: Entwicklungen in der Schweiz».

schung und Ausbildung. Obwohl die rechtswissenschaftliche Ausbildung in der Schweiz neben der Vorbereitung auf juristische Berufsfelder, beispielsweise in Kanzleien, Unternehmen oder an Gerichten, auch einen Schwerpunkt auf die wissenschaftliche Arbeit der Studentinnen und Studenten legt, kommt in der praktischen Erfahrung die dazugehörige und notwendige Begleitung und Förderung oftmals zu kurz. Gerade die Verknüpfung der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses und der (Weiter-)Entwicklung der Legal Gender Studies in der Schweiz bietet einen spannenden Rahmen für eine Kooperation der beiden Projekte *cognitio* und *F.Ius*.

Aus dieser Überschneidung von inhaltlichen und universitätspolitischen Fragestellungen sind die in der vorliegenden Ausgabe von «*cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft*» gebündelten zwölf Artikel entstanden. Jeder der von jungen Studierenden bis hin zu Postdoktorierenden und einer Professorin verfassten Beiträge stellt eine eigenständige Auseinandersetzung innerhalb des pluralistischen Rahmens des Kooperationsprojekts dar. Um einen qualitativ hohen Standard der vorliegenden Beiträge sicherzustellen, haben sich *cognitio* und *F.Ius* entschieden, die Beiträge einem doppelten Peer-Review-Verfahren zu unterwerfen. Zu diesem Zweck haben ausgewählte juristische Expert:innen seitens *F.Ius* sowie seitens der *cognitio*-Redaktion die beteiligten Autor:innen und ihre Texte während eines Jahres unterstützt.

## 2 Übersicht über die einzelnen Beiträge

Sämtliche in dieser Ausgabe enthaltenen Artikel zeichnen sich durch eine in doppelter Hinsicht vergleichende Herangehensweise aus: Erstens reichern die Autor:innen ihre rechtswissenschaftlichen Überlegungen mit Erkenntnissen aus der Soziologie und anderen Nachbardisziplinen an. Damit fällt der Blick einerseits auf die Modelle und Konstruktionen von Geschlechterbeziehungen «hinter» dem Recht. Andererseits nehmen die Beiträge auf diese Weise gesellschaftliche Veränderungen der Formen menschlichen Zusammenlebens in den Blick. Zweitens greifen die einzelnen Beiträge auf die Rechtsvergleichung zurück: Dies hebt nicht nur Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Ordnung von Geschlechterbeziehungen über die Grenzen des jeweils nationalen Rechts hinaus hervor, sondern thematisiert zudem verschiedenartige Funktionen der einzelnen Teilgebiete innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung.

Die Publikationsreihe eröffnet der Beitrag von DAVID J. ROSENTHAL über den Geschlechterbegriff im schweizerischen Recht und dessen Verhältnis zum Schutz vor Diskriminierung. Darauf folgt ein Beitrag von LEA INA SCHNEIDER, welche die als #MeToo bekannt gewordene Social-Media-Kampagne kritisch auf ihre Beziehung zum neoliberalen Feminismus hin untersucht. An dritter Stelle steht die Arbeit von ANDREA BÜCHLER und ANTONELLA SCHMUCKI, welche sich mit der Frage beschäftigen, welche Rechte und Pflichten trans Schüler\*innen, ihre Mitschüler\*innen, Eltern und die Schule im gegenseitigen Verhältnis haben.

Den vierten Beitrag verfassen BENJAMIN STÜCKELBERGER, MERET LÜDI und SANDRINE NÜSSLI. Die Autorinnen und der Autor untersuchen aus feministischer Sicht die Problemfelder der juristischen Ausbildung, insbesondere wie diese zur Herrschaftssicherung beiträgt, und schlagen Umgestaltungsmöglichkeiten vor. Gefolgt wird dieser Bei-

trag von der Urteilsanalyse von MANUELA HUGENTOBLER und BARBARA VON RÜTTE, welche sich kritisch mit einem vor dem Bundesgericht verhandelten Fall einer Verweigerung der ordentlichen Einbürgerung einer alleinerziehenden, sozialhilfeabhängigen Mutter eines behinderten Kindes auseinandersetzen. Die Autorinnen untersuchen die Umsetzung des Konzepts der Intersektionalität in der Schweizer Gerichtspraxis und kritisieren, dass die Nichtanerkennung intersektionaler Diskriminierung durch die Gerichte im Widerspruch zu völkerrechtlichen Standards steht und gesellschaftliche Ausschlüsse reproduziert. An sechster Stelle der Publikationsreihe steht ein Artikel von DANIELA ODERMATT, welcher die aktuelle Rechtslage zur Polygamie in der Schweiz untersucht und mögliche Anknüpfungspunkte für eine Erweiterung der Ehe *de lege ferenda* identifiziert.

Anhand eines Kommentars zum Urteil *Johnson v. Ramsden* führt ANNA ELISA STAUFFER in die Begrifflichkeiten und die Methodik des *Feminist Judgment* ein. Durch eine Neuinterpretation des Urteils, welches den Fall einer vom Gericht nicht anerkannten sexuellen Belästigung betraf, würdigt die Autorin die Entwicklung der sexuellen Belästigung und des sexuellen Missbrauchs in der Gesellschaft und plädiert für die Einführung des *Feminist Judgment* in der Schweiz. Mit einem Beitrag zur Beweislastumkehr zugunsten von Arbeitnehmenden in Gleichstellungsprozessen setzt TATJANA METZGER die Publikationsreihe fort. Die Autorin zeigt auf, dass die Erleichterung der Beweislast für Arbeitnehmende in der Praxis oft nicht oder nur intransparent angewendet wird und erarbeitet auf dieser Grundlage verschiedene Lösungsansätze. Der darauffolgende Beitrag von VALENTINA CHIOFALO und MARLENE WAGNER vergleicht die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in Deutschland und der Schweiz anhand ihrer Vereinbarkeit mit der Autonomie der ungewollt schwangeren Person. Der rechtlichen Analyse stellen die Autorinnen eine Übersicht der historischen Entwicklung in beiden Ländern voran, um die Relevanz der Autonomie in feministischen Bestrebungen im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs zu verdeutlichen.

An zehnter Stelle der Publikationsreihe steht ein Beitrag von STEPHANIE DEIG und SOFIA BALZARETTI. Die Autorinnen würdigen darin die juristische Ausbildung in der Schweiz im Hinblick auf individuelle und kollektive Dimensionen von *epistemic injustice*. Sie plädieren dafür, den Zugang zu und die Auseinandersetzung mit kritischer juristischer Methodik während des gesamten Jurastudiums sicherzustellen, da diese für die Entwicklung epistemischer Fähigkeiten unerlässlich sei. An vorletzter Stelle der Publikationsreihe steht eine Arbeit von ANNA CAMOZZI. Darin befasst sich die Autorin mit der Frage, ob die in der Bundesverfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) für die Legalität der Prostitution in der Schweiz eine ausreichende Rechtsgrundlage darstellen. Die Autorin vergleicht die Schweizer Rechtslage mit dem schwedischen Recht, welches die Sexarbeit verbietet, und geht auf die feministische Kritik von CATHARINE A. MACKINNON ein, welche sich massgebend an der Entwicklung des Schwedischen Modells beteiligt hat. Der Beitrag von RAPHAELA CUENI zur US-amerikanischen Rechtsprechung zu Schwangerschaftsabbrüchen schliesst die gemeinsame Publikationsreihe von cognitio und F.Ius ab. Die Autorin stellt das Recht der Schwangeren vor, selbstbestimmt über die Fortführung oder den Abbruch ihrer Schwangerschaft zu entscheiden, welches in den USA seit beinahe 50 Jahren gerichtlich anerkannt ist. Nunmehr muss aber davon ausgegangen werden,



dass das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren über den eigenen Körper faktisch zur Bedeutungslosigkeit reduziert werden könnte.

### 3 Schlussbetrachtungen

Vor dem Hintergrund der Sensibilität der Legal Gender Studies für Herrschaftsstrukturen der Gesellschaft kann sich die rechtswissenschaftliche Forschung der Entscheidung zwischen Revolte oder Evolution, der Ablehnung oder Weiterbildung von Recht nicht entziehen. Mit eindrücklichen Worten hat AUDRE LORDE dieses Dilemma aller kritischen Gesellschaftsstudien beschrieben:

«[T]he master's tools will never dismantle the master's house».<sup>9</sup>

Die Lektüre der Ausgabe zeigt, dass in den einzelnen Beiträgen mehrheitlich eine positiv-konstruktive Sichtweise den Ton angibt. Auf unterschiedliche Weise verbinden sich dort kritische Auseinandersetzung mit bestehenden Strukturen und Vorstellungen im Recht und der juristischen Ausbildung sowie kreative Reformvorschläge und Ansätze für produktives Weiterdenken. Die in dieser Ausgabe gebündelten pluralistischen Ansätze stellen als Legal Gender Studies den Versuch dar, Brücken zwischen Kritik, Dogmatik und Ausbildung zu schlagen. Wenn die Rechtswissenschaften, wie in den hier publizierten Beiträgen, eine «Multiplizierung sozialer Referenzen im Recht»<sup>10</sup> ermöglichen, tragen sie zum Erhalt einer vielfältigen Gesellschaft bei. In der Auseinandersetzung der Gesellschaft mit ihren normativen Grundlagen wird damit sozialer Wandel «als Recht durch Recht gegen Recht»<sup>11</sup> ermöglicht.

Die Publikation versteht sich nicht als Grundlagenwerk, das die Forschung im Bereich der Legal Gender Studies umfassend wiedergibt. Vielmehr soll die Publikationsreihe für die weitere Forschung eine kritische Auseinandersetzung mit einzelnen Problemfeldern anregen und damit auch die Heterogenität zwischen den Beiträgen bewusst zulassen. Die Vielfalt der von den Autor:innen eingebrachten Ansätze stellt in unseren Augen eine Stärke dar, die Vielstimmigkeit und auch provokante Thesen zulässt.

F.Ius und cognitio bedanken sich bei allen Autor:innen, die mit ihren spannenden Beiträgen zu dieser Publikationsreihe sowie zur Sichtbarkeit der Legal Gender Studies beigetragen haben. Darüber hinaus gebührt ein grosser Dank den involvierten Betreuungspersonen, welchen den beteiligten Autor:innen stets für inhaltliche und formelle Fragen zur Seite standen. Dies sind namentlich Prof. Dr. iur. Odile Ammann, Prof. Dr. iur. Anne Kühler, Dr. iur. Christina Neier, RAin Katja Achermann, Youlo Wujohktsang, Nicole Nickerson und Julia Meier.

9 LORDE AUDRE, *Sister Outsider: Essays and Speeches*, London 2019, S. 110 ff., S. 113.

10 WIELSCH DAN, *Die Zukunft des Rechts*, «Future Concepts of Law» zur Einführung, in: Grimm Dieter/Peters Anne/Wielsch Dan (Hrsg.), *Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates*, Tübingen 2021, S. 1 ff., S. 8; DERS., *Relational Justice*, in: *Law and Contemporary Problems* 2013/76, S. 191 ff.

11 WIETHÖLTER RUDOLF, *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?*, in: Honneth Axel et al. (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen, Im Prozeß der Aufklärung*, Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1989, S. 794 ff., S. 803.

Zu guter Letzt bedanken wir uns herzlich bei der Stiftung Interfeminas, der Gleichstellungskommission der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und dort dem Prodekanat «Forschung und Nachwuchsförderung». Eben solcher Dank gebührt dem Institut für Juristische Grundlagen – lucernaiuris der Universität Luzern. All diese Organisationen haben dieses Projekt finanziell unterstützt und damit den Druck und die Open-Access-Gold-Publikation ermöglicht.

Nun wünschen F.Ius und cognitio eine gute Lektüre. Wir freuen uns stets über Rückmeldungen an [verein.f.ius@gmail.com](mailto:verein.f.ius@gmail.com) und [redaktion@cognitio-zeitschrift.ch](mailto:redaktion@cognitio-zeitschrift.ch).

# Der Geschlechterbegriff im schweizerischen Gleichstellungsgesetz

## Die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung als direkte Geschlechterdiskriminierung

---

David J. Rosenthal

*Das Merkmal des Geschlechts wird im schweizerischen Recht zwar nicht definiert, ist jedoch als Anknüpfungspunkt für den Schutz vor Diskriminierung von zentraler Bedeutung. Das Bundesgericht hat in BGE 145 II 153 entschieden, eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung sei keine direkte Geschlechterdiskriminierung im Sinne des Art. 3 GLG. Dabei geht das Bundesgericht von einem engen Geschlechterbegriff aus. Der Entscheid steht quer zum modernen Verständnis des Geschlechts als soziale Konstruktion, wonach auch die Sexualität als Bestandteil des Geschlechterbegriffs betrachtet wird.*

### 1 Einleitung

Die Frage, welches der gleichstellungsrechtliche Inhalt des Merkmals «Geschlecht» ist, beschäftigt Praxis und Lehre regelmässig. Das Bundesgericht konkretisierte 2019 den Geschlechterbegriff hinsichtlich der sexuellen Orientierung. Gemäss BGE 145 II 153 ist eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung keine direkte Geschlechterdiskriminierung. Der vorliegende Beitrag zielt darauf ab, diesen Entscheid zu durchleuchten. Die zentrale Fragestellung ist demnach, ob eine Benachteiligung wegen der sexuellen Orientierung eine direkte Geschlechterdiskriminierung darstellt. Mit anderen Worten: Wird die sexuelle Orientierung vom Geschlechterbegriff erfasst?

Im ersten Teil wird das arbeitsrechtliche Geschlechterdiskriminierungsverbot nach Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes (GLG) erläutert (nachfolgend Kapitel 2). Dabei wird detailliert auf den Geschlechterbegriff des Bundesgerichts eingegangen, wonach sich Frau und Mann funktional und biologisch unterscheiden. Zudem wird die Ansicht des Bundesgerichts zur Frage der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nach Art. 3 GLG erörtert.

Im zweiten Teil werden der Geschlechterbegriff und die sexuelle Orientierung aus dem Blickwinkel der Legal Gender Studies gewürdigt, um die Frage zu beantworten,

ob eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung von Art. 3 GlG erfasst wird (Kapitel 3). Dabei werden vier Kernthemen abgehandelt.

Der Artikel kommt zum Schluss, dass Art. 3 GlG vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung schützt. Nach einer geschlechtertheoretischen Auffassung muss Geschlecht im Sinne von Art. 3 GlG als soziale Konstruktion verstanden werden. Zu dieser Konstruktion gehören Rollenerwartungen, wie etwa die heterosexuelle Orientierung. Personen werden deshalb aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert, weil diese von der heterosexuellen Norm abweicht. Diese Benachteiligung ist somit eine Form der von Art. 3 GlG verbotenen direkten Geschlechterdiskriminierung (Kapitel 4).

## 2 Der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben

Jede Person geniesst nach Art. 8 Abs. 2 und 3 BV einen grundrechtlichen Schutz vor Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts. Dieser verfassungsmässige Schutz entfaltet auch eine Drittwirkung. Einerseits ist der Schutz vor Lohndiskriminierung nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV gemäss ständiger Rechtsprechung unmittelbar auf privatrechtliche Arbeitsverträge anwendbar.<sup>1</sup> Andererseits wurde der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung mit Erlass des Gleichstellungsgesetzes im Arbeitsrecht verankert. An dieser Stelle setzen die folgenden Ausführungen an.

### 2.1 Der Tatbestand nach Art. 3 GlG

Nach Art. 3 GlG dürfen Arbeitnehmende nicht aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden. Art. 3 Abs. 1 GlG unterscheidet zwischen der direkten und der indirekten Geschlechterdiskriminierung, jedoch ohne diese zu definieren. Lehre und Rechtsprechung folgen der Definition des EuGH, die vom Bundesrat schon in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz rezipiert wurde.<sup>2</sup> Demzufolge liegt eine direkte Geschlechterdiskriminierung vor, «wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann».<sup>3</sup> Indirekt diskriminierend ist hingegen eine Anknüpfung an ein Merkmal, welches zwar «formal geschlechtsneutral»<sup>4</sup> ist, in dessen Auswirkung jedoch

1 Statt vieler VOLODER ANER/FREIVOGEL ELISABETH, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2021, N 15 f. zu Art. 2 GlG.

2 Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248 ff., S. 1294 f.

3 Statt vieler BGE 145 II 153 E. 4.3.5 S. 161; KAUFMANN CLAUDIA, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.) Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2021, N 18 zu Art. 3 GlG.

4 Das Merkmal «formal geschlechtsneutral» ist m. E. unklar, wird vom Bundesgericht jedoch nicht näher ausgeführt, statt vieler BGE 141 II 411 E. 6.1.2 S. 419. KAUFMANN (Fn. 3), N 29 zu Art. 3 GlG spricht an dieser Stelle von Kriterien, welche «sprachlich und inhaltlich vordergründig geschlechtsneutral» sind. Siehe zu dieser Problematik ferner ROSENTHAL DAVID J., Diskriminierung aufgrund

ein Geschlecht gegenüber dem anderen benachteiligt.<sup>5</sup> Typische Beispiele indirekt diskriminierender Merkmale sind körperliche Anforderungen, wie Mindestgrössen, oder Teilzeitarbeit.<sup>6</sup>

Sowohl eine direkte als auch eine indirekte Geschlechterdiskriminierung kann ausnahmsweise zulässig sein. Die Hürde zur Rechtfertigung liegt jedoch bei der direkten Diskriminierung massgeblich höher. Eine direkt an das Geschlecht angeknüpfte Benachteiligung ist zulässig, wenn das Geschlecht für die Ausübung dieser Arbeit unabdingbar ist.<sup>7</sup> Eine indirekte Benachteiligung ist demgegenüber gerechtfertigt, wenn damit «ein objektives Ziel verfolgt wird, welches einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht».<sup>8</sup> Die Abgrenzung zwischen der direkten und der indirekten Diskriminierung kann deshalb in der Praxis äusserst relevant sein.

Der Knackpunkt der Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Geschlechterdiskriminierung besteht damit in der Frage, was «Geschlecht» nach Art. 3 GIG umfasst. Infolgedessen kommt eine Anwendung der direkten Tatbestandsvariante auch nur dann infrage, wenn die sexuelle Orientierung als geschlechtsspezifisches Merkmal verstanden wird.

## 2.2 Der Geschlechterbegriff im Detail

Das Gleichstellungsgesetz greift die binär codierte Geschlechterkonzeption der Verfassung auf. Art. 8 Abs. 3 BV nennt Frau und Mann, Art. 3 Abs. 1 GIG spricht von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Weder die Bundesverfassung noch das Gleichstellungsgesetz definieren dabei die Merkmale des Geschlechts, der Frau oder des Manns. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konnte diesbezüglich noch keine Klarheit schaffen.

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 und 3 BV ist eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern nur dann zulässig, wenn sich diese aufgrund *biologischer* oder *funktionaler* Unterschiede der Geschlechter rechtfertigen lässt.<sup>9</sup> Der Geschlechterbegriff des Bundesgerichts differenziert demzufolge nach zwei sich biologisch und funktional unterscheidenden Gruppen.

---

der sexuellen Orientierung im Erwerbsleben im Lichte von BGE 145 II 153, Bern 2021, S. 12 ff., wo die dogmatischen Probleme der bundesgerichtlichen Definition analysiert werden.

5 Statt vieler BGE 138 I 265 E. 4.2.2 S. 267 f.; KAUFMANN (Fn. 3), N 28 zu Art. 3 GIG.

6 Statt vieler KAUFMANN (Fn. 3), N 29 zu Art. 3 GIG.

7 Eine Rechtfertigung kommt zusätzlich nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit infrage. Ausführlich UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG): Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz. 70 ff.; siehe auch KAUFMANN (Fn. 3), N 21 ff. zu Art. 3 GIG mit Hinweisen.

8 BGE 142 II 49 E. 6.3 S. 58 ff.; auch die Rechtfertigung der indirekten Diskriminierung muss verhältnismässig sein. Statt vieler KAUFMANN (Fn. 3), N 35 f. zu Art. 3 GIG mit Hinweisen.

9 Statt vieler BGE 108 Ia 22 E. 5a S. 29; im Kontext der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen war das Bundesgericht nach alter Rechtsprechung der Ansicht, es sei nur auf das biologische Geschlecht abzustellen, BGE 119 II 264 E. 3.b S. 266.

### 2.2.1 Biologische Unterscheidung

Die biologische Differenzierung der Geschlechter führt zu verschiedenen Problemen. Zur Veranschaulichung dieser Probleme dient das Anknüpfungsmerkmal der Schwangerschaft. Die Schwangerschaft ist das häufigste Lehrbeispiel eines Merkmals, das aufgrund biologischer Unterschiede nur von Personen eines Geschlechts erfüllt werden kann.<sup>10</sup> Als Folge der Abschaffung des Sterilitätsanfordernisses für die Änderung des Geschlechtseintrags<sup>11</sup> betrifft die Schwangerschaft jedoch nicht nur Frauen. Auch trans Männer haben seit dieser Praxisänderung die Möglichkeit, nach rechtlicher Angleichung ihres Geschlechts schwanger zu werden. Folglich stellt sich die Frage, ob das Merkmal Schwangerschaft definitionsgemäss als formal geschlechtsneutral gewertet werden muss, weil es nicht nur von Frauen erfüllt werden kann. Müsste konsequenterweise eine Anknüpfung an die Schwangerschaft nicht auf die Ebene der indirekten Diskriminierung abgestuft werden? Dieses Problem ist eine Folge der Divergenz zwischen der biologischen Realität und dem gelebten Geschlecht von trans Personen.

Eine ähnliche Divergenz besteht bei intergeschlechtlichen Personen. Biologische Varianten der Geschlechter lassen sich kaum in Frau *oder* Mann einteilen. Die Gesellschaft – und in der Schweiz auch das Recht – ordnet intergeschlechtlichen Personen jedoch eines dieser Geschlechter zu.<sup>12</sup> Anschaulich hierzu sind die Fälle intergeschlechtlicher Sportlerinnen, welche durch Regelungen etwa von World Athletics (ehemals IAAF) geradezu genötigt werden, ihre natürlich hohen Testosteronwerte durch eingreifende und potenziell schädliche Massnahmen zu reduzieren.<sup>13</sup> Mit diesen medizinischen Interventionen sollen ihre Körper dem ihnen zugewiesenen Geschlecht angeglichen werden.

### 2.2.2 Funktionale Unterscheidung

Mehr noch als die biologischen Unterschiede zwischen Frau und Mann herrscht zum Begriff der funktionalen Unterschiede Ungewissheit, weswegen dieser in der Lehre regelmässig kritisiert wird.<sup>14</sup> Obwohl das Bundesgericht trotz jahrzehntelanger Kritik an

10 Statt vieler LEMPEN KARINE, in: Aubert Gabriel/Lempen Karine (Hrsg.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf 2011, N 7 zu Art. 3 GIG; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 54.

11 Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen, Rechtsauskunft des EAZW vom 1. Februar 2012 betreffend Transsexualität, Bern 2012. Denkbar waren früher auch schon Schwangerschaften intergeschlechtlicher Personen, denen das männliche Geschlecht zugewiesen wurde. Siehe auch BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich*, in: *FamPra.ch* 2020/4, S. 875 ff., insb. S. 879 ff.

12 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 11), S. 877 f.

13 WINKLER MATTEO/GILLERI MATTEA, *Of Athletes, Bodies and Rules: Making Sense of 'Caster Semenya'*, in: *Journal of Law, Medicine and Ethics* 2021, S. 16 f.

14 HENNINGER ROLAND, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel (unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung)*, Diss. Freiburg, Bern 1984, S. 83 ff.; WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung (BV)*, Basel 2015, N 100 zu Art. 8 BV; MÜLLER JÜRIG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Bern 2008, S. 743 f.; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 74 ff.; in der 2. Auflage des deutschsprachigen Kommentars zum GIG noch ausdrücklich kritisiert von FREIVOGL ELISABETH, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. Auflage, Basel 2009, N 6 zu Art. 3 GIG.

dieser Definition festhält, hat es noch nie eine funktionale Unterscheidung als Rechtfertigung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung anerkannt.<sup>15</sup> Lehre und Rechtsprechung sind sich in diesem Zusammenhang immerhin einig, dass der Vorbehalt funktionaler Unterschiede nicht zur Tradierung überkommener Rollenverständnisse der Geschlechter führen darf.<sup>16</sup> Dieses Tradierungsverbot wird analog in der Lehre zu Art. 3 Abs. 1 GLG vertreten.<sup>17</sup> Auch wenn der Begriffsgehalt der funktionalen Unterschiede an sich unklar ist, zeigt sich somit zumindest eine enge Verbindung zu oder eine Deckung mit Geschlechterrollen.<sup>18</sup>

Das Tradierungsverbot deutet zwar darauf, dass funktionale Unterschiede und Geschlechterrollen zur Rechtfertigung von Benachteiligungen missbraucht werden, jedoch beschränkt sich die Bedeutung von Geschlechterrollen keineswegs darauf. Schon in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz erkannte der Bundesrat, dass die in Art. 3 Abs. 1 GLG ausdrücklich genannten Merkmale des Zivilstands und der familiären Situation vor allem deshalb typischerweise diskriminierend wirken, weil sie überwiegend gegenüber Frauen, nicht aber gegenüber Männern vorgebracht werden.<sup>19</sup> Die familiäre Situation werde oft bei Arbeitnehmerinnen thematisiert, weil Arbeitgebende davon ausgehen, dass Frauen in der familiären Rollenaufteilung für Care-Arbeit zuständig seien.<sup>20</sup> Arbeitgebende versuchen, solche Vorstellungen über die Rollen der Geschlechter also nicht nur zur Rechtfertigung heranzuziehen; diese Vorstellungen bilden oftmals geradezu das Fundament der geschlechtsbezogenen Benachteiligung.<sup>21</sup> Die Bedeutung solcher Stereotypen im Kontext der Geschlechterdiskriminierung wird auch deshalb in der neueren Lehre zu Recht betont.<sup>22</sup>

### 2.2.3 Verhältnis zur sexuellen Orientierung

Geschlechterrollen stehen ferner im Zentrum der Frage, ob Art. 3 GLG eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung verbietet. In der Lehre wird vielfach vertreten,

---

15 Schon in den 1980ern kritisiert, etwa von HENNINGER (Fn. 14), S. 83 ff.; siehe ferner MÜLLER/SCHEFER (Fn. 14), S. 743 f.; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 74.

16 Statt vieler BGE 138 I 265 E. 6.1 S. 272; WALDMANN (Fn. 14), N 100 zu Art. 8 BV.

17 LEMPEN (Fn. 10), N 7 zu Art. 3 GLG; vgl. auch KAUFMANN (Fn. 3), N 35 zu Art. 3 GLG.

18 Fraglich ist, ob dem funktionalen Geschlechterbegriff des Bundesgerichts ein weiterer Gehalt zu entnehmen ist, vgl. hierzu HENNINGER (Fn. 14), S. 83 ff. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte sich die Rechtsprechung von dieser Dogmatik verabschieden. Deshalb wird diese Thematik nicht näher erläutert. Siehe hierzu auch MÜLLER/SCHEFER (Fn. 14), S. 743 f., welche zum Schluss kommen, dass funktionale Unterschiede keine eigene normative Bedeutung haben, da sie nur dann als Rechtfertigung infrage kommen, wenn sie auf biologischen Differenzen gründen.

19 Botschaft GLG (Fn. 2), S. 1296 f.

20 Die Bedeutung von Care-Arbeit im Gleichstellungsrecht wird zunehmend hervorgehoben, siehe etwa KAUFMANN (Fn. 3), N 41 f. zu Art. 3 GLG.

21 Ähnlich UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 51.

22 Bspw. ausführlicher abgehandelt in der neuen Auflage des Kommentars zum GLG, KAUFMANN (Fn. 3), N 5 ff. zu Art. 3 GLG; LEMPEN KARINE, Repenser la discrimination «à raison du sexe» au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF, in: ZSR 2021/140(II), S. 191 ff., S. 223 ff.; KÄGI-DIENER REGULA, «Die Gleichheit, die ich meine», in: Juristinnen Schweiz (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Herausforderungen der Gleichstellung – Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes, Zürich 2021, S. 1 ff., S. 3 f.

dass Homo- und Bisexuelle sich geschlechteratypisch verhalten, weshalb Art. 3 GlG sie vor Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung schütze.<sup>23</sup>

Auch die bundesrätliche Botschaft zum Gleichstellungsgesetz spielt darauf an, dass eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung von Art. 3 GlG erfasst werden könnte. Die sexuelle Orientierung sei ein mögliches weiteres Merkmal, das eine Geschlechterdiskriminierung vermuten lassen könnte.<sup>24</sup> Keine Erwähnung finden in diesem Kontext allerdings Geschlechterrollen. Das Merkmal fand auch nicht Eingang in den Gesetzeswortlaut; die Aufnahme der sexuellen Orientierung hat das Parlament gar nicht erst diskutiert.<sup>25</sup> Damit schweigt das Gleichstellungsgesetz zur Frage, ob Art. 3 Abs. 1 GlG eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung erfasst. Folglich drängt sich eine Auslegung des Art. 3 GlG auf.

Das Bundesgericht äusserte sich bisher einzig in BGE 145 II 153 zur Auslegung des Art. 3 GlG betreffend den Schutz homo- und bisexueller Arbeitnehmender. Darin kam es entgegen der oben beschriebenen Lehrmeinung zum Schluss, dass eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung generell keine direkte Geschlechterdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 1 GlG darstelle.<sup>26</sup>

Vorerst setzte sich das Bundesgericht im Entscheid ausgiebig mit der historischen und systematischen Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GlG auseinander. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Gleichstellungsgesetzes habe der Gesetzgeber kaum daran gedacht, auch die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung als Tatbestandsvariante der direkten Geschlechterdiskriminierung zu erfassen.<sup>27</sup> Schliesslich sei die Lebensform, welche Homo- und Bisexuelle vor Diskriminierung schützt, systematisch in Art. 8 Abs. 2 und nicht Abs. 3 BV aufgenommen worden. Das Gleichstellungsgesetz stütze sich hingegen auf Art. 8 Abs. 3 BV.<sup>28</sup>

Die materielle Begründung des Bundesgerichts baut jedoch nicht primär auf der historischen und systematischen Auslegung auf, sondern auf dem Geschlechtsbezug. Sowohl Männer als auch Frauen könnten homosexuell sein, weshalb es nach der bundesgerichtlichen Auffassung bei der sexuellen Orientierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle.<sup>29</sup> Eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung falle nur dann als Geschlechterdiskriminierung in Betracht, wenn dabei ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts benachteiligt wer-

23 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2.

24 Botschaft GlG (Fn. 2), S. 1297.

25 Einzig das Votum SANDOZ, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1994, S. 267, thematisiert Homosexualität im Zusammenhang mit Art. 4 GlG.

26 BGE 145 II 153 E. 4.5 S. 166 f.; nicht behandelt hat das Bundesgericht den Tatbestand der indirekten Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 1 GlG.

27 Das Argument, wonach die Botschaft zum GlG die sexuelle Orientierung als mögliches weiteres Kriterium nach Art. 3 GlG nannte, wurde vom Bundesgericht nicht weiter ausgeführt, vgl. BGE 145 II 153 E. 4.3.4 S. 160. Meines Erachtens ging das Bundesgericht aufgrund der Formulierung in der Botschaft davon aus, die sexuelle Orientierung käme nur als indirekt diskriminierendes Merkmal infrage.

28 Zum Ganzen BGE 145 II 153 E. 4.3.6 S. 161 f. und E. 4.5.1 S. 166 f.

29 BGE 145 II 153 E. 4.5.2 S. 166 f.



den.<sup>30</sup> Hierbei beruft sich das Gericht auf die Lehrmeinung von UEBERSCHLAG, der wiederum einen über 20 Jahre alten Entscheid des EuGH rezipierte.<sup>31</sup>

Die Lehre hat am Entscheid des Bundesgerichts insbesondere kritisiert, dass das Gericht von einem zu engen und veralteten Geschlechterbegriff ausgeht. Seit der Einführung des Gleichstellungsgesetzes habe sich das gesellschaftliche Verständnis von Geschlecht massgeblich gewandelt, was eine Anwendung des Art. 3 GIG rechtfertige.<sup>32</sup>

### 2.3 Zwischenfazit

Die vorhergehenden Erläuterungen haben erhebliche Probleme des bundesgerichtlichen Geschlechterbegriffs aufgezeigt. Die biologische Differenzierung führt bei trans und intergeschlechtlichen Personen zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten. Der funktionalen Begriffskomponente lässt sich ausser einer möglichen Verbindung zu Geschlechterrollen nur schwer ein Gehalt entnehmen. Nach Ansicht des Bundesgerichts handelt es sich bei der sexuellen Orientierung jedenfalls nicht um ein geschlechtsspezifisches Merkmal.

## 3 Geschlechtertheoretische Würdigung von Art. 3 GIG

In diesem Kapitel sollen Lösungsansätze eruiert werden, indem der Geschlechterbegriff des Gleichstellungsgesetzes aus dem Blickwinkel der Legal Gender Studies gewürdigt wird.

Zuerst wird dabei die Frage gestellt, ob der Geschlechterbegriff des Gleichstellungsgesetzes sozial konstruierte Komponenten mitumfasst oder ob sich das Gleichstellungsgesetz auf eine engere, biologistische Determinierung des Geschlechts stützt (Kapitel 3.1). Das nächste Kapitel befasst sich mit der rechtlichen Kategorisierung von Gruppen, insbesondere aufgrund eines Vergleichs von Rasse und sexueller Orientierung (Kapitel 3.2). Im dritten Abschnitt wird die Stereotypisierung wegen des Geschlechts als Tatbestandsvariante nach Art. 3 GIG ausgeführt, welche oftmals Personen mit normabweichenden sexuellen Orientierungen besonders trifft (Kapitel 3.3). Der letzte Teil der Würdigung beschreibt die Heteronormativität, d. h. die Theorie, dass soziale Geschlechternormen nur die heterosexuelle Ausrichtung erlauben (Kapitel 3.4).

### 3.1 Sex vs. Gender

Im Unterschied zur biologisch-funktionalen Zweiteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird das Geschlecht in der Geschlechtertheorie in biologistische und sozial konstruierte Bestandteile unterteilt – oft mit den englischen Begriffen «sex» und «gender».

30 BGE 145 II 153 E. 4.5.2 S. 167.

31 BGE 145 II 153 E. 4.5.2 S. 166 f.; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 52 f.

32 STEFFANINI FEDERICA, 12. ATF 145 II 153–167 (5.4.2019/a; 8C\_594/2018), in: RDAF 2/2020(I), S. 186 ff., S. 189; KAUFMANN (Fn. 3), N 13 zu Art. 1 GIG und N 5 ff. zu Art. 3 GIG; HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, in: SJZ 2020/1, S. 3 ff., S. 11.

Mit der biologistischen Komponente ist die Unterscheidung zwischen Frau und Mann aufgrund biologischer Differenzen, etwa chromosomaler, gonadaler, hormoneller oder anderer Natur, gemeint.<sup>33</sup> Die binäre biologische Determinierung des Geschlechts ist umstritten. Das Geschlecht intergeschlechtlicher Personen kann etwa kaum mittels biologischer Merkmale binär definiert werden, wie die erwähnten Fälle intergeschlechtlicher Sportlerinnen verdeutlichen.<sup>34</sup>

Die sozial konstruierte Komponente knüpft hingegen an Vorstellungen über Geschlechterrollen in Gesellschaft und Familie sowie an stereotypisierende Reduktionen von Eigenschaften und Verhaltensmustern der jeweiligen Geschlechter an.<sup>35</sup> Diese Unterscheidung wird auch in der Lehre zu Art. 3 GLG vertreten.<sup>36</sup>

Allerdings hat sich in der Geschlechtertheorie inzwischen die Erkenntnis durchgesetzt, dass auch biologische Merkmale einer sozialen Konstruktion unterzogen werden, weshalb sie vorliegend als *biologistisch* bezeichnet werden.<sup>37</sup> BUTLER erklärt diesen Prozess anhand ihrer These der «heterosexuellen Matrix», welche auf «*sex, gender, sexual practice, and desire*» von Personen angewendet wird, um deren Identitäten gesellschaftlich und kulturell intelligibel zu machen.<sup>38</sup> Die Intelligibilität einer Identität bestimmt dabei deren gesellschaftliche Akzeptanz.

Das Bundesgericht hat in der Begründung von BGE 145 II 153 die Frage nicht geklärt, ob das Geschlecht nach Art. 3 Abs. 1 GLG anhand biologistischer Merkmale definiert werden sollte oder inwiefern auch soziale Komponenten in diesem Konzept Platz finden sollten.<sup>39</sup> In verschiedenen Leitentscheiden nimmt das Bundesgericht immerhin auf Geschlechterrollen Bezug.<sup>40</sup> Die Lehre ist sich aber einig, dass nur ein konstruktivistischer Ansatz, der soziale Komponenten berücksichtigt, die tatsächliche Gleichstellung

33 Statt vieler HOLMES MARY, *What is Gender? – Sociological Approaches*, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore 2007, S. 21 ff.

34 Exemplarisch die zurzeit vor dem EGMR hängige Beschwerde Caster Semenya zur Frage der Festlegung hormoneller Grenzwerte; kritisch zu den bisherigen Entscheiden im Fall Semenya WINKLER/GILLERI (Fn. 13), insb. S. 13 ff.

35 Vgl. etwa Holmes (Fn. 33), S. 40 ff.

36 KAUFMANN (Fn. 3), N 11 zu Art. 3 GLG; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45 ff.

37 HOLMES (Fn. 33), S. 22 ff.; BUTLER JUDITH, *Gender Trouble*, New York 1990, S. 7; vgl. ferner ADAMIETZ LAURA, *Geschlecht als Erwartung*, Diss. Berlin 2010, Baden-Baden 2011, S. 66 ff. m. w. H.; BEGER NICO J., *Queer Readings of Europe: Gender Identity, Sexual Orientation and the (Im)potency of rights Politics at the European Court of Justice*, in: *Social & Legal Studies* 2000/2, S. 249 ff., S. 256 f.; BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Transsexualität und Recht, Oder: Das falsche Geschlecht, Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen*, in: *FamPra.ch* 2002/1, S. 20 ff., S. 23; SCHMIDT ANJA, *Geschlecht als Kategorie des Rechts*, in: *RphZ* 2016/2, S. 169 ff., S. 169 und S. 178 f.; WINKLER/GILLERI (Fn. 13), S. 16.

38 BUTLER (Fn. 37), S. 16 ff.

39 Das Bundesgericht hat sich in seiner Begründung darauf beschränkt, dass es bei der sexuellen Orientierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle, BGE 145 II 153 E. 4.5 S. 167.

40 Vgl. BGE 137 I 305 E. 3.1 S. 317 zur Pflicht nach Art. 8 Abs. 3 BV, stereotypisierte Rollenbilder zu beseitigen; sowie BGE 140 I 305 E. 9.1 S. 315; BGE 138 I 265, E. 6.1 S. 272; ähnlich zu stereotypen Vorurteilen BGE 141 I 241, E. 4.3.2 S. 251.

von Frau und Mann erreichen kann.<sup>41</sup> Offen bleibt damit aber letztlich die Frage, wer im gesetzlich zurzeit binär definierten System Frau und wer Mann ist.<sup>42</sup>

### 3.2 Kategorisierung

Die Frage, wer Frau und wer Mann ist, lässt sich nur anhand des zugrunde liegenden Kategorisierungsprozesses verstehen. Demselben sozialen Prozess unterliegen die Merkmale Rasse und sexuelle Orientierung. Anhand dieser Merkmale wird der Kategorisierungsprozess nachfolgend erörtert, denn diese verdeutlichen die Notwendigkeit, kritisch mit Kategorien umzugehen.

In den feministischen Rechtswissenschaften wird der genannte Kategorisierungsprozess<sup>43</sup> teilweise selbst als Diskriminierung betrachtet.<sup>44</sup> Damit ist gemeint, dass gewisse (oftmals äusserlich sichtbare) Merkmale dazu verwendet werden, um dominante Gruppen von anderen abzugrenzen, einem auch als «*Otherring*» bezeichneten Prozess.<sup>45</sup> Etwa die Rassenlehre, welche Personengruppen aufgrund der Hautfarbe oder Religion differenziert,<sup>46</sup> ist eine derartige Kategorisierung. Die Unterscheidung der jeweiligen Gruppen wird dabei *naturalisiert* oder *essenzialisiert*, d. h., einzig diese Merkmale bilden die Anknüpfungspunkte für die Kategorisierung.<sup>47</sup>

Das Dilemma der feministischen Rechtswissenschaften ist, dass eben die Normen, welche derartige gesellschaftliche Kategorisierungen resp. daran anknüpfende Diskriminierung bekämpfen sollen, durch die Nennung verpönter Merkmale konstitutiv auf die entsprechenden Kategorien wirken.<sup>48</sup> Im erwähnten Kontext des Antirassismus etwa

- 
- 41 KAUFMANN (Fn. 3), N 12 zu Art. 3 GIG; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45; ähnlich HOTZ (Fn. 32), S. 12 f.
- 42 Politische Forderungen nach der Einführung weiterer geschlechtlicher Kategorien im Recht sind (noch) nicht erfüllt worden, weshalb in diesem Beitrag noch vom binären System des schweizerischen Rechts ausgegangen wird. Siehe Postulat ARSLAN SIBEL, Drittes Geschlecht im Personenstandsregister, 17.4121; ferner Postulat RUIZ REBECCA ANA, Einführung einer dritten Geschlechtsidentität, Folgen für die Rechtsordnung und für Infostar, 17.4185.
- 43 Zum Kategorisierungsprozess WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habil. Freiburg, Bern 2003, S. 8 ff.
- 44 BAER SUSANNE, Ungleichheit der Gleichheiten?, Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Klein Eckart/Menke Christoph (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote: 15 Jahre Wiener Weltmensenrechtskonferenz, Berlin 2008, S. 421 ff., S. 448.
- 45 BAER (Fn. 44), S. 423 ff. m. w. H.
- 46 Zum Rassebegriff NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 618 ff.
- 47 NIGGLI (Fn. 46), Rz. 562 ff.; ELSUNI SARAH, Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel «Geschlecht», in: Behmenburg Lena et al. (Hrsg.), Wissenschaft(f) Geschlecht, Königstein Taunus 2007, S. 133 ff., S. 137; KOSOFSKY SEDGWICK EVE, Epistemology of the Closet, Berkeley/Los Angeles 1990, S. 34; PLETT KONSTANZE, Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion des zweigeschlechtlichen Körpers, in: Heinz Kathrin /Thiessen Barbara (Hrsg.), Feministische Forschung – nachhaltige Einsprüche, Opladen 2003, S. 323 ff., S. 324.
- 48 Eingehend BAER SUSANNE, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise, in: Kriminologisches Journal 1996/4, S. 242 ff., insb. S. 248 ff.; ELSUNI (Fn. 47), S. 141; HOLZLEITHNER ELISABETH, Gerechtigkeit und Geschlechterrollen, in: RphZ 2016/2, S. 133 ff., S. 137 und S. 149 f.; vgl. auch WALDMANN (Fn. 43), S. 19 ff.

nennt Art. 261bis StGB eben «Rasse» und setzt damit zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung eine Definition voraus, die «Rasse» selbst konstituiert.<sup>49</sup> Im Diskurs zur Rassendiskriminierung erfolgt allerdings eine sorgfältige Reflexion. Diese Kategorien werden auch in der Rechtsprechung als Konstrukte offenbart und entsprechend problematisiert.<sup>50</sup> Seit der Erweiterung des Art. 261bis StGB konstituiert das Strafrecht nun auch die sexuelle Orientierung.<sup>51</sup>

Diese Konstituierung der Gruppe erfolgt nicht nur im Gesetz, sondern insbesondere auch in der Rechtsprechung.<sup>52</sup> Indem das Bundesgericht in BGE 145 II 153 das herkömmliche, kategorische Denken der Hetero-Homo-Dichotomie rezipiert, konstituiert es eben gerade diese Gruppen. Problematisch hierbei ist, dass das Bundesgericht diese Rezeption, anders als bei der Rassendiskriminierung, nicht reflektierte. Eine Reflexion würde eine sorgfältige Analyse der Kategorien der sexuellen Orientierung erfordern. Nachfolgend wird zu diesem Zweck das bundesgerichtliche Verständnis zur sexuellen Orientierung untersucht.

WALDMANN, den das Bundesgericht in BGE 145 II 153 diesbezüglich zitiert hat, sieht die sexuelle Orientierung im Rahmen des Art. 8 Abs. 2 BV als «innere sexuelle Präferenz zu Gunsten der einen oder beider Geschlechtsgruppen [...]».<sup>53</sup> Er erkennt immerhin die Probleme des Diskurses «*nature versus nurture*» im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung, wie auch das Problem der Definition der sexuellen Orientierung anhand sexueller Handlungen oder anhand der Identität.<sup>54</sup> So spielt die Frage nach der inneren

- 
- 49 NIGGLI (Fn. 46), Rz. 635 ff., lehnt dennoch ein Verzicht des Rassebegriffs im Gesetz ab, weil die rassistische Diskriminierung auch als solche beschrieben werden muss; siehe hierzu auch KÄGI-DIENER (Fn. 22), S. 7 f.
- 50 Beispielhaft BGE 123 IV 202 E. 3.a S. 206 f.; Urteil des Bezirksgericht Zürich vom 26. Februar 1998, U/GG 980051, EKR Fall 1998-004N, relevanter Auszug abgedruckt in STUTZ HANS, Dokumentation zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung), in: Gesellschaft Minderheiten in der Schweiz (GMS)/Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) (Hrsg.), Rassendiskriminierung Gerichtspraxis zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, S. 7 ff., S. 78.
- 51 Schon vorher wurde diskutiert, ob die sexuelle Orientierung nicht auch unter das Merkmal Rasse nach Art. 261bis StGB subsumiert werden könnte, Urteil des BGER 6B\_361/2010 vom 1. November 2010 E. 4.3 f.; NIGGLI (Fn. 46), Rz. 783 ff.; siehe auch BESSON SAMANTHA, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers, Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Diss. Freiburg 1999, Rz. 1464.
- 52 NAGUIB TAREK, Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine \_ Leerstelle?, in: Philipp Simone/Meier Isabella/Apostolovski Veronika/Starl Klaus/Schmidlechner Karin Maria (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, Baden-Baden 2014, S. 231 ff., S. 253 f.
- 53 WALDMANN (Fn. 43), S. 716; BGE 145 II 153 E. 4.3.6 S. 161 f. rezipiert diese Definition, lässt dabei allerdings die Alterspräferenz weg, die in der ursprünglichen Definition WALDMANNs zu finden ist. Die Vermengung der sexuellen Orientierung mit einer Alterspräferenz ist m. E. deshalb problematisch, weil damit das Stereotyp bekräftigt wird, schwule Männer seien pädophil. Zu diesem Stereotyp vgl. etwa HEREK GREGORY, *Gender Gaps in Public Opinion About Lesbians and Gay Men*, in: *Public Opinion Quarterly* 2002/1, S. 40 ff., S. 51; exemplarisch auch Urteil des BGER 6B\_569/2018 vom 20. März 2019 E. 1.2.
- 54 Vgl. hierzu FARRELL SANDI, *Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights*, in: *Tulane Journal of Law and Sexuality: A Review of Sexual Orientation and Gender Identity in the Law* 2004/13, S. 605 ff., insb. S. 698.

Ursache, ob es sich bei der Homosexualität um eine ursprüngliche Veranlagung oder eine entwickelte handelt, gemäss WALDMANN keine Rolle.<sup>55</sup> Damit wird, anders als oftmals im politischen Diskurs,<sup>56</sup> nicht verlangt, dass die sexuelle Orientierung «*natürlich*» sein müsse, um schutzwürdig zu sein.<sup>57</sup> Eine kritische Reflexion der Hetero-Homo-Dichotomie müsste m. E. an eben dieser Frage der «*Natürlichkeit*» ansetzen.<sup>58</sup> Erfolgt nicht die Unterscheidung zwischen gegengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Liebe nur deshalb, weil nach einer gewissen, religiös geprägten Moralvorstellung die gleichgeschlechtliche Liebe «*unnatürlich*» ist?<sup>59</sup>

Interessanterweise rezipieren sowohl WALDMANN als auch das Bundesgericht die Hetero-Homo-Dichotomie, obwohl diese Kategorien nicht zwingend aus WALDMANN'S Definition der sexuellen Orientierung resultieren. Eine «sexuelle Präferenz zu Gunsten des einen oder des anderen Geschlechts»<sup>60</sup> könnte ebenso die Kategorien *männerliebend* und *frauenliebend* beschreiben. Diese Bezeichnungen verwendet oftmals die LGBTIQ+-Community.<sup>61</sup> Als alternative Kategorien hat sie neulich auch der U.S. Supreme Court übernommen, um eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter das Kriterium «*sex*» nach dem Civil Rights Act von 1964 zu subsumieren. Demzufolge müssten frauenliebende Frauen mit frauenliebenden Männern verglichen werden und nicht, wie unter anderem vom Bundesgericht vertreten, frauenliebende Frauen mit männerliebenden Männern.<sup>62</sup> Diese Argumentationsweise stammt zwar aus den USA, lässt sich jedoch aufgrund der von der Geltung eines bestimmten Rechtsrahmens entbundenen Natur leicht transferieren, ohne dabei auf kulturelle oder historische Unterschiede Rück-

55 WALDMANN (Fn. 43), S. 716.

56 Normen, welche homosexuelle Akte kriminalisieren, werten diese in aller Regel als «*unnatürlich*» oder «*widernatürlich*», vgl. ILGA WORLD, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Genf 2020, S. 89 ff.; die *Natürlichkeit* findet sich auch etwa bei Diskussionen rund um das Recht Homosexueller auf Ehe und Familie, vgl. BGE 126 II 425 E. 4.b.aa S. 430.

57 Vgl. aber etwa JOHANNES PAUL II., Catechism of the Catholic Church, Vatikanstadt 1993, Rz. 2357 ff.

58 In diesem Sinne HARK SABINE, Heteronormativität revisited. Komplexität und Grenzen einer Kategorie, in: Paul Barbara/Tietz Lüder (Hrsg.), Queer as ... – Kritische Heteronormativitätsforschung aus interdisziplinärer Perspektive, Berlin 2016, S. 53 ff., insb. S. 59 ff.

59 Vgl. etwa JOHANNES PAUL II. (Fn. 57), Rz. 2357 ff. Das Argument, wonach das binäre Geschlechterverständnis im Zusammenhang mit der Vorstellung der Widernatürlichkeit homosexueller Akte steht, wird in Kapitel 3.4 ausgeführt.

60 WALDMANN (Fn. 14), N 85 zu Art. 8 BV.

61 Beispielhaft die Formulierung der Ziele der Lesbenorganisation Schweiz auf ihrer Website (anders als in den Statuten): «Als nationaler Dachverband von und für *frauenliebende* Frauen setzt sich die LOS dafür ein, dass das Leben von Lesben, Bisexuellen und queeren Frauen besser wird.» (Hervorhebung hinzugefügt), abrufbar unter: [www.los.ch/unser-einsatz/](http://www.los.ch/unser-einsatz/).

62 Bostock v. Clayton County, 590 U.S. (2020), *Opinion of the Court*, insb. S. 11 und S. 20 ff.; vgl. hierzu KOPPELMAN ANDREW, Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination, in: New York University Law Review 1995/69(2), S. 197 ff., S. 208 ff.; WINTEMUTE ROBERT, Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes, in: Modern Law Review 1997/60(3), S. 334 ff., S. 345 ff.; unter diesem Aspekt wurde auch BGE 145 II 153 kritisiert von OGRABEK JACOPO/SHEYBANI ROXANE, La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux, in: Anwaltsrevue 2020/10, S. 408 ff., S. 413.

sicht nehmen zu müssen.<sup>63</sup> Das Bundesgericht hat diese alternativen Kategorien übersehen. Ein kritischer Umgang mit Kategorien hätte diesen Fehler womöglich verhindert.<sup>64</sup>

### 3.3 Geschlechterstereotypisierung

Mit einer Kategorisierung gehen Zuschreibungen einher.<sup>65</sup> Solche Zuschreibungen gründen im Kontext des Geschlechts primär auf Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter und deren Fähigkeiten, d. h. auf Geschlechterstereotypen. Im Folgenden wird diese Stereotypisierung, welche schon im Rahmen der funktionalen Geschlechterunterschiede angedeutet wurde, näher betrachtet.

#### 3.3.1 Terminologie

Die Lehre hat die Geschlechterstereotypisierung bis anhin als direkte Geschlechterdiskriminierung anerkannt. Das Bundesgericht hat sich jedoch noch nicht abschliessend dazu geäußert.<sup>66</sup> Die verwendete Terminologie zum Tatbestand der Geschlechterstereotypisierung ist in der schweizerischen Dogmatik uneinheitlich. So wird der Tatbestand in der Lehre teils als «Geschlechterrollenzuweisung»<sup>67</sup> oder «Diskriminierung infolge Abweichung von Gendernormen»<sup>68</sup> bezeichnet. «Geschlechterstereotypisierung»<sup>69</sup> oder einfach «Stereotypisierung» beschreibt m. E. den Tatbestand besser. Diese Terminologie bringt nicht nur Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter in der Gesellschaft zum Ausdruck, sondern auch stereotype Ansichten über die Fähigkeiten und Eigenschaften der Geschlechter.<sup>70</sup> Diese Geschlechterstereotype sind denn auch das kennzeichnende Merkmal des nachfolgend beschriebenen Tatbestands.

63 ADAMIETZ (Fn. 37), S. 243.

64 In diesem Sinne KÄGI-DIENER (Fn. 22), S. 7 f.

65 Ähnlich BERESWILL MECHTHILD/EHLERT GUDRUN, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, in: Scherr Albert/El-Mafaalani Aladin/Yüksel Gökçen (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, Wiesbaden 2016, S. 499 ff., S. 502 f.

66 KAUFMANN (Fn. 3), N 11 f. zu Art. 3 GlG; LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 2018/4, S. 81 ff., S. 87, m. w. H.; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45; PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 721; zu Art. 8 Abs. 2 BV WALDMANN (Fn. 43), S. 609 ff.; wegweisend in den USA *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989); *de facto* offengelassen in BGE 145 II 153 E. 4.5.2 S. 166 f. mit dem kaum nachvollziehbaren Argument, homosexuelle Frauen und Männer seien gleichermassen davon betroffen.

67 So noch die Formulierung von FREIVOGEL (Fn. 14), N 17 zu Art. 3 GlG in der 2. Auflage des Kommentars zum GlG; die 3. Auflage verweist neu auf Geschlecht als Erwartung nach ADAMIETZ, KAUFMANN (Fn. 3), N 12 zu Art. 3 GlG.

68 LEMPEN/VOLODER (Fn. 66), S. 87, m. w. H., vgl. aber insb. S. 87, Fn. 50, wo die Heterosexualität analog zu ADAMIETZ als geschlechtliche Erwartung gesehen wird.

69 Ähnlich UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45.

70 Vgl. hierzu auch ECKES THOMAS, Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen, in: Becker Ruth/Kortendiek Beate (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 3. Auflage, Wiesbaden 2010, S. 178 ff., S. 178.

### 3.3.2 Geschlechterstereotypisierung als Tatbestand nach Art. 3 GIG

Geschlechterstereotype werden in der Sozialpsychologie als kognitive Strukturen verstanden, «die sozial geteiltes Wissen über die charakteristischen Merkmale von Frauen und Männern enthalten».<sup>71</sup> Vorliegend werden unter den Begriff der Geschlechterstereotype nicht nur Charaktereigenschaften gefasst, sondern auch soziale Verhaltenserwartungen an die Geschlechter, d. h. die Geschlechterrollen.<sup>72</sup> Die Stereotypisierung ist die Anwendung dieses Wissens resp. dieser Erwartungen auf bestimmte Personen.<sup>73</sup> Mit dem Diskriminierungstatbestand der Geschlechterstereotypisierung verboten wird mithin benachteiligendes Verhalten, dem ein gewisses Verständnis der Rolle von Frau und Mann in der Gesellschaft oder deren charakteristischen Eigenschaften oder Verhalten zugrunde liegt.<sup>74</sup> Damit wird auch klar, dass die Vorstellungen über Geschlechterrollen als sozial geteiltes Wissen konstitutiv auf stereotype Erwartungen wirken,<sup>75</sup> weshalb das vorliegende Begriffsverständnis eine zielführende Vereinfachung darstellt.

Für das Verständnis dieses Tatbestands ist weiter die Erkenntnis entscheidend, dass Geschlechterstereotype eine gewisse Widerspenstigkeit aufweisen.<sup>76</sup> Solche Vorstellungen lassen sich mit anderen Worten nicht leicht abändern, weshalb sie selbst dann bei Personen wahrgenommen werden können, wenn diese die Stereotype nicht erfüllen.<sup>77</sup> Allenfalls werden solche Personen auch als Ausnahmen zur Regel empfunden, wodurch die stereotype Vorstellung an sich erhalten bleibt.<sup>78</sup> Damit zeigt sich auch der funktionale Erfolg der Stereotype, nämlich dass die von Stereotypen behaftete Gruppe durch Stereotypisierungen homogenisiert wird – im geschlechtlichen Kontext konstruiert sozial geteiltes Wissen *die Frau und den Mann*.<sup>79</sup>

Zwar werden die Gruppen homogenisiert, innerhalb der Gruppe bestehen allerdings sogenannte Substereotype. Demzufolge wird bei spezifischen Personen einer Gruppe an weitere Merkmale angeknüpft, welche zusammen stereotype Subkategorien bilden.

71 ECKES (Fn. 70), S. 178; vgl. auch BLUM LAWRENCE, Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis, in: Philosophical Papers 2004/3, S. 251 ff., S. 252 ff.; FÖRSTER JENS, Die Sozialpsychologie des Schubladendenkens: Vorurteile, Stereotype, Diskriminierung, in: Baer Susanne/Smykalla Sandra/Hildebrandt Karin (Hrsg.), Schubladen, Schablonen, Schema F – Stereotype als Herausforderung für Gleichstellungspolitik, München 2009, S. 23 ff., S. 24 f.

72 Vgl. zur terminologischen Unterscheidung ECKES (Fn. 70), S. 178.

73 ECKES (Fn. 70), S. 178; ähnlich FÖRSTER (Fn. 71), S. 25 f.; vgl. auch BLUM (Fn. 71), S. 253 und insb. Fn. 2.

74 ECKES (Fn. 70), S. 178; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45 ff.

75 HOLZLEITHNER (Fn. 48), S. 133.

76 BLUM (Fn. 71), S. 261 ff.; vgl. auch FÖRSTER (Fn. 71), S. 25, wonach stereotypes Wissen auch in Personen hervorgerufen wird, die selbst nicht an das jeweilige Stereotyp glauben.

77 HOLZLEITHNER (Fn. 48), S. 141; BLUM (Fn. 71), S. 255 und S. 260 ff.

78 BLUM (Fn. 71), S. 253; FÖRSTER (Fn. 71), S. 30 f.

79 BAER (Fn. 44), S. 443 ff.; DE SILVA ANGELA, in: BEGER NICO/BAER SUSANNE/DE SILVA ANGELA, Recht und Rechte: Zwischen legaler Anerkennung und kulturell-politischer «Revolution», Ein Podiumsgespräch, in: quaestio (Hrsg.), Queering Demokratie: (sexuelle Politiken), Berlin 2000, S. 182 ff., S. 202; HOLZLEITHNER (Fn. 48), S. 141; in diesem Sinne HARK (Fn. 58), S. 69; BAER SUSANNE/SMYKALLA SANDRA, Zur Bedeutung von Stereotypen für gleichstellungspolitische Interventionen – eine Einleitung, in: Baer Susanne/Smykalla Sandra/Hildebrandt Karin (Hrsg.), Schubladen, Schablonen, Schema F – Stereotype als Herausforderung für Gleichstellungspolitik, München 2009, S. 7 ff., S. 10 ff.

Zu denken ist etwa an die Powerfrau an der Spitze eines Unternehmens, welche durchaus auch stereotype männliche Eigenschaften besitzt (dominant und selbstbewusst), die aufgrund ihrer Führungsrolle schliesslich *notwendig* seien.<sup>80</sup> Diese Substereotype sind genauso geschlechtlich wie das Grundstereotyp «Frau» oder «Mann» und fallen m. E. deshalb ebenso unter den Tatbestand der Geschlechterstereotypisierung nach Art. 3 GLG.

Der Tatbestand der Geschlechterstereotypisierung lässt sich in der Regel in zwei Fallkonstellationen unterteilen: Die erste Konstellation betrifft die Benachteiligung einer Person aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit und der geschlechterstereotypen Vorstellung von dieser Gruppe. Die zweite beschreibt die Benachteiligung einer konkreten Person, die sich geschlechteratypisch verhält, d. h. entgegen den durch die Stereotypisierung entstandenen Verhaltenserwartungen.<sup>81</sup>

Die Stereotypisierung von Berufsbildern, wie etwa die Pflegefachperson als typisch weiblich und der Ingenieur als typisch männlich, bildet die wohl wichtigste Untergruppe dieser ersten Kategorie, also der Benachteiligung von Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einem Geschlecht. Diese Form der Stereotypisierung und die damit verbundenen Probleme der Lohnungleichheit und Benachteiligungen im Anstellungsverfahren hat auch das Bundesgericht als Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GLG resp. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV anerkannt.<sup>82</sup>

Der wegweisende Entscheid zur zweiten Kategorie, d. h. der Benachteiligung einer geschlechteratypischen Person, stammt aus der amerikanischen Judikatur. *Price Waterhouse v. Hopkins* behandelte den Fall einer Frau, deren Arbeitgeber sie bei Beförderungen mehrfach übergangen hat.<sup>83</sup> Er hat Frau Hopkins u. a. ans Herz gelegt, sie solle weiblicher gehen, sprechen und sich weiblicher anziehen. Sie solle sich etwa schminken, ihre Haare machen lassen und Schmuck tragen. Diese Empfehlung erfolgte mit dem expliziten Hinweis, das wirke sich günstig auf den Beförderungsentscheid aus.<sup>84</sup> An der Arbeit von Frau Hopkins gab es hingegen nichts zu bemängeln. Der Arbeitgeber hat ihre Leistungen im Vergleich zu denjenigen vieler Arbeitskollegen sogar markant besser bewertet.<sup>85</sup> Das Urteil des U.S. Supreme Court folgerte, dass Frau Hopkins sich nicht stereotypisch weiblich verhalten und der Arbeitgeber sie deswegen übergangen hat.<sup>86</sup> Ähnliches Verhalten und Auftreten hätte Price Waterhouse bei männlichen Kollegen von Frau Hopkins aber akzeptiert.<sup>87</sup> Wäre sie ein Mann gewesen, hätte das Unternehmen sie demzufolge zur Partnerin befördert.

80 Vgl. ECKES (Fn. 70), S. 181 ff.

81 Zum Ganzen GREENBERG JULIE, The Gender Nonconformity Theory: A Comprehensive Approach to Break Down the Maternal Wall and End Discrimination Against Gender Benders, in: Thomas Jefferson Law Review 2003/26, S. 37 ff., S. 44 f.

82 Beispielhaft BGE 125 II 530 E. 4 S. 533 ff.; Urteil des BGE 8C\_420/2019 vom 20. Februar 2020 E. 4; Urteil des BGE 8C\_179/2020 vom 12. November 2020 E. 3.2.

83 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), S. 228 ff.; zuletzt bestätigt in *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. \_\_\_ (2020), *Opinion of the Court*, S. 9.

84 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), S. 235.

85 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), S. 233 f.

86 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), S. 255 ff.

87 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), S. 251.



Die Geschlechterkonzeption nach ADAMIETZ erfasst die Problematik der Stereotype überzeugend. Demzufolge sei Geschlecht als Anknüpfungspunkt verschiedener gesellschaftlicher und/oder rechtlicher Erwartungen an Personen zu verstehen, «sich so zu verhalten, wie es Mitgliedern der zugeordneten (Geschlechts-)Gruppe entspricht».<sup>88</sup> Zu diesen Erwartungen gehören etwa stereotype Vorstellungen über die Passivität/Aktivität der Geschlechter, die Rolle der Geschlechter in der Familie, aber nach ADAMIETZ auch die heterosexuelle Liebe.<sup>89</sup> Der Schutz vor Benachteiligungen sei demzufolge ein Schutz vor geschlechtlichen Erwartungen. Eine Ungleichbehandlung aufgrund einer Divergenz zwischen dieser Erwartung und dem Verhalten einer Person entspricht also der verbotenen Diskriminierung.

### 3.3.3 Geschlechterstereotypisierung und sexuelle Orientierung

Mit Blick auf die Anwendung des Art. 3 GlG bedeutet das, dass Homo- und Bisexuelle immer vor Benachteiligungen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung geschützt werden sollten. Dieser Ansicht hat sich die neuere Lehre in der Schweiz angeschlossen.<sup>90</sup>

Einer anderen verbreiteten Lehrmeinung zufolge sind homo- und bisexuelle Personen vor allem deshalb durch Art. 3 GlG geschützt, weil sie sich *oftmals* nicht entsprechend den sozialen Vorstellungen an ihr Geschlecht verhalten.<sup>91</sup> Diese Idee gründet auf sozialpsychologischen Erhebungen, welche stereotype Bilder Homo- und Bisexueller als «unmännlich» resp. «unweiblich» aufdecken.<sup>92</sup> Insbesondere sexuell passive schwule Männer werden als feminin angesehen, da sie innerhalb dieser sexuellen Dynamik dominiert werden, während aktive homosexuelle Männer als hypermaskulin betrachtet werden, da sie andere Männer dominieren.<sup>93</sup> Lesben seien demgegenüber maskulin, da sie sich den Männern sexuell entziehen und somit Emanzipation anstreben, d. h. die als männlich

88 ADAMIETZ (Fn. 37), S. 258.

89 ADAMIETZ (Fn. 37), S. 258; dies entspricht auch der Konzeption der heterosexuellen Matrix nach BUTLER (Fn. 37), S. 16 ff.; Greenberg (Fn. 81), S. 43 ff.; BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 415 f.; HOLMES (Fn. 33), S. 21; LEMPEN/VOLODER (Fn. 66), S. 87 insb. auch Fn. 50; anderer Ansicht LEMPEN (Fn. 10), N 4 zu Art. 3 GlG und deren Fn. 17; vgl. aber LEMPEN (Fn. 22), S. 227 ff. und S. 241 ff., die neuerdings auch das Konzept der Heteronormativität und die *Gender Nonconformity Theory* nach GREENBERG (Fn. 81) rezipiert.

90 In diesem Sinne LEMPEN/VOLODER (Fn. 66), S. 87 insb. auch Fn. 50; gleicher Meinung LEMPEN (Fn. 22), S. 241 ff.; KAUFMANN (Fn. 3), N 12 zu Art. 3 GlG; STEFFANINI (Fn. 32), S. 189; siehe auch BÜCHLER/COTTIER (Fn. 89), S. 415 f.

91 STAUBER-MOSER SUSY/VOLODER ANER, *Erster Teil – Das Gleichstellungsgesetz: Allgemeiner Rahmen und Umsetzung/Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen*, in: Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal (Hrsg.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail/Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg/1996–2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 119 ff., S. 122; LEMPEN (Fn. 10), N 4 zu Art. 3 GlG.

92 Vgl. KOPPELMAN (Fn. 62), S. 234 ff.; BAER SUSANNE, *Würde oder Gleichheit?, Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Diss. Frankfurt am Main, Baden-Baden 1995, S. 49, entlarvt etwa auch die sexuelle Belästigung von Männern als eine «Sanktion <unmännlichen> Verhaltens».

93 KOPPELMAN (Fn. 62), S. 240 ff. und 248.

betrachtete Eigenständigkeit.<sup>94</sup> Solche Bilder sollten m. E. als geschlechtliche Substereotype betrachtet werden.<sup>95</sup>

Dieser zweite Teil der Lehre vertritt allerdings mitunter die Meinung, dass Art. 3 GlG *nur* dann zur Anwendung komme, wenn Homo- und Bisexuelle sich tatsächlich entgegen den geschlechtlichen Rollenerwartungen verhalten.<sup>96</sup> Mit anderen Worten müssten Diskriminierungsopfer nachweisen, dass sie sich geschlechteratypisch verhalten, um Schutz nach Art. 3 GlG zu erhalten. Selbst wenn die sexuelle Orientierung nicht als geschlechtliches Merkmal betrachtet wird, vermag diese Einschränkung kaum zu überzeugen. Stereotype sind derart hartnäckig, dass sie auch in Personen gesehen werden, die diese nicht erfüllen.<sup>97</sup> Homo- und Bisexuelle, welche sich «geschlechterkonform» verhalten, können deshalb ebenfalls aufgrund solcher Stereotype benachteiligt werden. Ferner weichen sie mit «geschlechtertypischem» Verhalten von Substereotypen ab, was eine Anwendung des Art. 3 GlG in diesen Fällen rechtfertigen würde.

Dass ein Teil der Lehre eine konsequente Anwendung des Art. 3 GlG bei Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung befürwortet, der andere jedoch nur, wenn sich Homo- und Bisexuelle entgegen traditionellen Rollenerwartungen verhalten, ist somit letztlich ein Dissens in der Frage nach dem Gehalt der Geschlechternormen. Ein Teil der Lehre betrachtet die heterosexuelle Ausrichtung als geschlechternormativ bedingt, der andere nicht.

### 3.4 Heteronormativität

Um den im letzten Kapitel aufgedeckten Dissens in der Lehre aufzulösen, wird nachfolgend die Frage nach dem Gehalt der Geschlechternormen hinsichtlich der sexuellen Orientierung genauer betrachtet. Geschlechternormen, d. h. nach ADAMIETZ gesellschaftliche Erwartungen, welche an das Geschlecht einer Person anknüpfen,<sup>98</sup> sind im Grunde normativ ausgerichtete, sozial geteilte Vorstellungen über Angehörige eines Geschlechts. Vorerst fragt sich demzufolge, ob die Sexualität ähnlich wie das Geschlecht sozial konstruiert ist, d. h., auf sozial geteiltem Wissen aufbaut.

Untersuchungen FOUCAULTS oder VON BRAUNS haben etwa eine Relation zwischen dem säkularen resp. religiösen Kontext und dem jeweiligen Verständnis der Sexualität aufgedeckt.<sup>99</sup> Zu denken ist ferner daran, dass die Homosexualität bis in die 1990er-Jah-

94 KOPPELMAN (Fn. 62), S. 247 f.

95 Vgl. hierzu auch LEMPEN (Fn. 22), S. 241 f., welche argumentiert, dass die Geschlechterstereotypisierung untrennbar mit der sexuellen Orientierung verbunden ist.

96 STAUBER-MOSER/VOLODER (Fn. 91), S. 122; LEMPEN (Fn. 10), N 4 zu Art. 3 GlG.

97 HOLZLEITHNER (Fn. 48), S. 141; BLUM (Fn. 71), S. 255 und S. 260 ff.

98 ADAMIETZ (Fn. 37), S. 258.

99 FOUCAULT MICHEL, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band: Der Wille zum Wissen*, aus dem Französischen von Raulff Ulrich/Seitter Walter, Frankfurt am Main 1986, insb. S. 114 ff.; VON BRAUN CHRISTINA, *Säkularisierung und Sexualwissenschaft: Gibt es eine «jüdische» und eine «christliche» Sexualität?*, in: ZFG/ZFS (Hrsg.), *Körper und Geschlecht: Bremer – Oldenburger Vorlesungen zur Frauen- und Geschlechterforschung*, Opladen 2002, S. 32 ff., S. 38 ff.; vgl. auch JENSEN HEIKE, *Sexualität*, in: von Braun Christina/Stephan Inge (Hrsg.), *Gender@Wissen: ein Handbuch der Gender-Theorien*, 3. Auflage, Köln 2013, S. 143 ff., S. 146 ff.

re pathologisiert wurde.<sup>100</sup> Auch heute noch werden homosexuelle Handlungen in zahlreichen Ländern als «unnatürliche» Akte kriminalisiert.<sup>101</sup> Deutlich wird an diesen Beispielen, dass die Vorstellung der Sexualität vom jeweiligen sozialen Kontext abhängig ist.<sup>102</sup> Weil das Verständnis der Sexualität sozial relativ ist, muss es sozial geteiltes Wissen sein. Folglich stellt sich die Frage nach der geschlechtlichen und normativen Natur dieses Wissens.

Zur Beantwortung dieser Frage kann die Theorie der Heteronormativität herangezogen werden. Diese gründet auf der Idee, dass soziale Strukturen die heterosexuelle Ausrichtung als «natürlich» oder «normal» voraussetzen und Abweichungen davon entsprechend ausgrenzen.<sup>103</sup> Diese heteronormative Ordnung steht in einem wechselseitigen Verhältnis zur normativen Zweigeschlechtlichkeit, wie sie etwa auch im schweizerischen Recht verankert ist. Diese beiden Konzeptionen koexistieren nicht nur, sondern konstruieren sich gegenseitig im Lichte von Vorstellungen der schon erwähnten «Natürlichkeit». Die Binarität der Geschlechter sei demzufolge eine Konsequenz der «natürlichen» Reproduktion, da sich nur die Frau mit dem Mann fortpflanzen könne. Ebenso sei nur Geschlechtsverkehr zwischen der Frau und dem Mann «natürlich», weil damit reproduziert werde – wenn auch nicht immer.<sup>104</sup>

Die hier angesprochene «Natürlichkeit» heterosexueller Akte offenbart sich jedoch als Biologismus. An die biologische Möglichkeit, sich durch einen Akt fortzupflanzen, wird eine soziale Wertung geknüpft. Sexuelle Akte, die sich nicht zur Fortpflanzung eignen, werden ausgegrenzt. Sexuelle Akte werden im Kontext der zweigeschlechtlichen heteronormativen Ordnung somit *naturalisiert* resp. *essenzialisiert* – die Kategorien hetero-, homo- und bisexuell werden konstruiert.

Diese Ko-Konstruktion und wechselseitige Bedingtheit der sexuellen Orientierung und des Geschlechts unter dem Gesichtswinkel der biologistischen «Natürlichkeit» hat zur Folge, dass sowohl die Geschlechterbinarität als auch die Heteronormativität als Geschlechternormen aufgefasst werden müssen.<sup>105</sup> Konsequenterweise müssen Diskriminierungen infolge einer Abweichung von der Geschlechterbinarität und der heteronormativen Ordnung immer als Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GlG betrachtet werden. Mit anderen Worten werden nicht nur trans und intergeschlechtliche Personen aufgrund ihrer Geschlechtsidentität durch das Gleichstellungsgesetz geschützt, wie die Lehre dies einhellig befürwortet,<sup>106</sup> sondern auch Homo- und Bisexuelle aufgrund ihrer sexuellen Orientierung.

100 Zur Pathologisierung als sozialer Konstruktionsprozess der Homosexualität BERESWILL/EHLERT (Fn. 65), S. 502.

101 Für eine globale Übersicht vgl. ILGA WORLD (Fn. 56), S. 89 ff.

102 JENSEN (Fn. 99), S. 146 ff., insb. auch die Beispiele auf S. 149, Fn. 15; VON BRAUN (Fn. 99), S. 39, spricht an dieser Stelle von einem «kollektiven, kulturellen Begriff von Sexualität».

103 Vgl. HOLMES (Fn. 33), S. 21; grundlegend RICH ADRIENNE, Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence, in: Signs: Journal of Women in Culture and Society 1980/4, S. 631 ff.

104 Vgl. zum Ganzen HARK (Fn. 58), S. 59.

105 HOLMES (Fn. 33), S. 21.

106 UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 42 ff.; STAUBER-MOSER/VOLODER (Fn. 91), S. 122; KAUFMANN (Fn. 3), N 11 zu Art. 3 GlG; LEMPEN (Fn. 10), N 4 zu Art. 3 GlG; LEMPEN (Fn. 22), S. 241; vgl. auch BGE 145 II 153 E. 4.4.1 S. 163.

## 4 Fazit

Die eingangs gestellte Frage nach dem Begriffsgehalt des Geschlechts und der sexuellen Orientierung im Gleichstellungsrecht lässt sich kaum abschliessend beantworten. Die Rechtsprechung muss jedoch kritisch und sorgfältig mit Kategorien umgehen, wie sie dies auch im Kontext der Rassendiskriminierung tut. Sie sollte Kategorisierungen und daran anknüpfende Diskriminierungen nicht noch verfestigen, indem ebendiese unhinterfragt bleiben.

Das Bundesgericht vertritt allerdings ein Begriffsverständnis des Geschlechts, das sich noch stark und unkritisch an einer biologistischen Determinierung orientiert. Ebenso unreflektiert rezipiert das Bundesgericht die Hetero-Homo-Dichotomie bei der Frage nach der sexuellen Orientierung. Als Konsequenz dieser Rezeption kommt das Bundesgericht zum Schluss, eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einer Person sei nie als direkte Geschlechterdiskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG zu werten.

Demgegenüber wird das Geschlecht nach einer geschlechtertheoretischen Auffassung als soziale Konstruktion verstanden. Das Geschlecht ist somit Anknüpfungspunkt sozialer Rollenerwartungen. Art. 3 GlG verbietet eine ungerechtfertigte Benachteiligung aufgrund der Abweichung von solchen Rollenerwartungen. Zu diesen gehört unter anderem die heterosexuelle Orientierung, d. h., die Heteronormativität muss als Geschlechternorm verstanden werden. Nach diesem Verständnis und der hier vertretenen Auffassung ist Art. 3 GlG zwingend auf Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung anzuwenden.

# #MeToo – Just Another Symptom of Neoliberal Feminism?

---

Lea Ina Schneider

*This article critically examines the wider context of the popular social media campaign known as #MeToo, focusing in particular on the relationship between #MeToo and neoliberal feminism. The author argues that conceiving of #MeToo exclusively as a product of neoliberal feminism is too simplistic: although neoliberal feminism was an important precursor for the movement and can partly help to explain its existence and success, the desired outcome is exactly the opposite of what the neoliberal feminism agenda seeks to achieve. While #MeToo demands structural changes in society, neoliberal feminism lays the burden for change on each individual.*

## 1 Introduction

In recent years, the feminist campaign #MeToo has gained widespread attention. Even the most radical opponents of feminist ideas could not avoid the movement and have felt a need to respond.<sup>1</sup> At the same time, the movement has faced criticisms from feminist scholars who have dismissed it as just another product of neoliberal feminism. In a 2018 article, CATHERINE ROTTENBERG wrote: «#MeToo was able to gain such widespread traction at this particular moment in history [...] because feminism had already been rendered popular and desirable by Sandberg, Beyonce, and Emma Watson, to name just a few.»<sup>2</sup>

Based on these considerations, this article critically engages with ROTTENBERG's assertion. I argue that neoliberal feminism was indeed one of the background motivations for the #MeToo movement and can help to explain why it met with so much approval. However, depicting #MeToo simply as the result of neoliberal feminism falls short. I argue that feminists' criticisms of neoliberal feminism do not apply to #MeToo. Additionally, the desired outcome of #MeToo is exactly the opposite of what the neoliberal fem-

---

1 GOLTERMANN SVENJA, Macht und Gewalt: #MeToo jenseits einer Position der Schwäche, in: Geschichte der Gegenwart of May 9, 2018.

2 ROTTENBERG CATHERINE, How neoliberalism colonised feminism – and what you can do about it, in: The Conversation of May 23, 2018.

inist agenda seeks to achieve: #MeToo seeks to promote structural changes in society, whereas neoliberal feminism lays the burden for change on each individual. Thus, this article claims that even if #MeToo builds on neoliberal feminism, the movement's effects and goals are entirely different.

To this end, the article poses the following research question: Is #MeToo exclusively a product of neoliberal feminism? This research question is relevant because if the answer is 'Yes', the criticisms of neoliberal feminism will also apply to #MeToo. To answer this question, an analytical rather than a normative point of view is taken. First, this article outlines the origins and evolution of #MeToo, drawing on newspaper articles and academic papers. In this context, the role of social media and the challenges that #MeToo poses to criminal law are examined. To arrive at a detailed understanding of #MeToo, its downsides must also be highlighted – especially as otherwise, the impression might be given that #MeToo, in comparison to neoliberal feminism, has no negative aspects associated with it. Accordingly, this article does not argue that #MeToo cannot be criticised at all, but rather that the grounds for criticism differ from those applicable to neoliberal feminism.

Second, in order to understand why the question of whether #MeToo is merely a product of neoliberal feminism is important, it is essential to analyse the critique of neoliberal feminism. Hence, I analyse neoliberal feminism and study the role of famous women (e.g., SHERYL SANDBERG) in shaping it, as well as outlining a critique of neoliberal feminism. To conclude and answer the research question, the article examines whether #MeToo is merely a product of, or more an opposition to, neoliberal feminism.

## 2 A Brief Synopsis of the #MeToo Movement

In Autumn 2017, the #MeToo movement gained widespread attention worldwide when actress Alyssa Milano responded to allegations of sexual assaults against Hollywood producer Harvey Weinstein revealed by the New York Times.<sup>3</sup> Milano encouraged women to use the hashtag #MeToo, in order to demonstrate the severity and omnipresence of sexual violence and harassment.<sup>4</sup> Overnight, thousands of women (and men) responded to Milano's tweet,<sup>5</sup> declaring that they too had experienced sexual assault and harassment. #MeToo could be considered broad insofar as it included women's experiences from all around the world in all areas of their lives.<sup>6</sup>

---

3 The story first unfolded after the publication of KANTOR JODY/TWOHEY MEGHAN, *Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades*, in: *New York Times* of October 5, 2017.

4 ASKANUIS TINA/HARTLEY JANNIE, *Framing Gender Justice: A comparative analysis of the media coverage of #metoo in Denmark and Sweden*, in: *Nordicom Review* 2019/40(2), p. 19 et seq., p. 19.

5 COSSMAN BRENDA, *#MeToo, ex Wars 2.0 and the Power of Law*, in: Rehman Javaid/Shahid Ayesha/Foster Steve (eds.), *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, Leiden/Boston 2018, p. 18 et seq.

6 GHADERY FARNUSH, *#MeToo – Has the 'sisterhood' finally become global or just another product of neoliberal feminism?*, in: *Transnational Legal Theory* 2019/10(2), p. 252 et seq., p. 256.

However, over a decade ago, another campaign with the same name (albeit without the hashtag) emerged as part of a grassroots movement led by African-American activist TARANA BURKE.<sup>7</sup> BURKE adopted ‘Me Too’ to stress the importance of empathy in the process of healing wounds resulting from sexual violence.<sup>8</sup> This more localised movement focused on less privileged African-American women who had experienced sexual assault.<sup>9</sup> The idea was to symbolise the concept of «empowerment through empathy» by creating a forum for survivors and building a community of healing and trust.<sup>10</sup> Today, the website of the #MeToo movement explicitly refers to the #MeToo campaign and its evolution from this local grassroots movement to a worldwide campaign.<sup>11</sup> Critics have argued that the development of #MeToo shows once again how feminism is demographically and politically dominated by white women, who have often ignored or co-opted the experiences and contributions of women of colour.<sup>12</sup>

## 2.1 Writing a Tweet – the Role of Social Media

It is essential here to mention another potentially critical aspect of #MeToo: its possible conflict with criminal law. This critique can only be understood by briefly outlining the role that social media has played in the evolution of the #MeToo movement.<sup>13</sup>

In the early 21<sup>st</sup> century, there was an explosion of feminist hashtag activism, from #bringbackourgirls to #solidarityisforwhitewomen, #yesallwomen, #NotOkay and, finally, #MeToo. Today, social and digital media serve as the most visible platforms for feminist concerns.<sup>14</sup> #MeToo is an example of feminist digital activism aimed at awareness raising.<sup>15</sup> Its phenomenal success can be at least partly explained by the use of social media, which enabled the movement to spread fast and reach a wide range of people.<sup>16</sup> It also perhaps was easier for victims to come forward on a virtual platform rather than in person, as they may have felt less ashamed. Some scholars see the lightning-fast expansion of #MeToo with the help of social media as a manifestation of what ROBIN

7 FILEBORN BIANCA/LONEY-HOWES RACHEL, Introduction: Mapping the Emergence of #MeToo, in: Fileborn Bianca/Loney-Howes Rachel (eds.), #MeToo and the Politics of Social Change, Cham 2019, p. 1 et seq., p. 6.

8 BURKE TARANA, Me Too Is a Movement, Not a Moment, Opening talk at TedWomen, 2018.

9 GHADERY (Fn. 6), p. 256.

10 GHADERY (Fn. 6), p. 256 et seq.

11 GHADERY (Fn. 6), p. 257.

12 See, for example, PHIPPS ALISON, Every Woman Knows a Weinstein: Political Whiteness and White Woundedness in #MeToo and Public Feminisms around Sexual Violence, in: Feminist Formations 2019/31(2), p. 1 et seq., p. 2.

13 HÖRNLE TATJANA, Evaluating #MeToo: The Perspective of Criminal Law Theory, in: German Law Journal 2021/22(5), p. 833 et seq.

14 BANET-WEISER SARAH/GILL ROSALIND/ROTTENBERG CATHERINE, Postfeminism, Popular Feminism and Neoliberal Feminism? Sarah Banet-Weiser, Rosalind Gill and Catherine Rottenberg in Conversation, in: Feminist Theory 2020/21(1), p. 3 et seq., p. 11.

15 GHADERY (Fn. 6), p. 260.

16 BERGER ANNE-EMMANUELLE, Subject of Desire/Subject of Feminism: Some notes on the split subject(s) of #MeToo, in: Chandra Giti/Erlingsdóttir Irma (eds.), The Routledge Handbook of the Politics of the #MeToo Movement, Abingdon/New York 2021, p. 57.

MORGAN once called «global sisterhood».<sup>17</sup> According to MORGAN, women all around the world should unite to fight the common enemy, namely patriarchy.<sup>18</sup> What could be understood as an indicator of MORGAN's «global sisterhood» is referred to as the «collective aspect» of the #MeToo movement in this article.

## 2.2 Implications for Criminal Law

Some of the criticisms that #MeToo has faced can be traced back to general scepticism of social media. To name one example, the movement has been criticised for not complying with standards of procedural fairness.<sup>19</sup> The argument goes as follows: as #MeToo utilises social media to convey its message, the principles of criminal law are challenged. The crux lies in the fact that sanctions and accusations are inseparable. This challenges the general principle of the assumption of innocence in criminal law: as soon as a wrongdoer is exposed on social media, that person is not only blamed, but also sanctioned. Thus, naming and shaming on social media has grave consequences for the wrongdoer's life and reputation. Even if the accused can defend themselves successfully in a criminal court, the public denunciation persists.<sup>20</sup> In a state governed by the rule of law, just because several people point to a person and label them a criminal does not necessarily make them one according to legal standards. #MeToo has been criticised for acting under the assumption that allegations by several complainants make the accusations necessarily more trustworthy and lend them greater evidential weight. Generally, this might often be true; but it is not always the case.<sup>21</sup> However, this argument falls short because sanctioning through social media cannot be equated to criminal sanctioning by independent courts. This is not to say that sanctioning through social media cannot have dire consequences in itself; but these are different types of sanctions.

## 3 Neoliberal Feminism

In order to analyse whether #MeToo is exclusively a product of neoliberal feminism, the latter must first be analysed.

Neoliberalism can be understood by outlining the ways in which it differs from liberalism. Whereas neoliberalism focuses on free and self-regulating markets and greater mobility of capital, liberalism is associated with notions of freedom, democracy and the rule of law (besides a free market economy).<sup>22</sup> Neoliberalism suggests that human well-

---

17 HARMAN HARRIET, *Women Have Changed the Mood, Now We Need to Change Policy*, in: *The Guardian* of February 20, 2018.

18 MORGAN ROBIN, *Sisterhood is Global*, New York 1984, p. 4.

19 HÖRNLE TATJANA, *#MeToo – Implications for Criminal Law?*, in: *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2019/6(2), p. 115 et seq., p. 119.

20 HÖRNLE (Fn. 19), p. 119.

21 HÖRNLE (Fn. 19), p. 120.

22 LEBARON GENEVIEVE/ROBERTS ADRIENNE, *Toward a Feminist Political Economy of Capitalism and Carcerality*, in: *Journal of Women in Culture and Society* 2010/36(1), p. 19 et seq., p. 19, p. 24; PECK JAMIE/TICKELL ADAM, *Neoliberalizing Space*, in: *Antipode* 2002/34(3), p. 380 et seq., p. 385–386;



being is best achieved by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterised by strong private property rights, free markets and free trade.<sup>23</sup> Today, however, neoliberalism is more than an economic theory; its «free market mentality» has also pervaded social and political life.<sup>24</sup> Neoliberalism is increasingly understood – at least in feminist circles – not simply as a political and economic rationality, but as a theory that is profoundly connected to intimate life and subjectivity.<sup>25</sup>

In seeking to understand neoliberal feminism, this transposition of economic values to society and politics is essential. Neoliberal feminism is an effect of the shift from an originally economic focus to the extension of the neoliberalist body of thought to all areas of life.<sup>26</sup>

At the heart of neoliberal feminism lies the individual woman and her potential for success, if equipped with sufficient skills and freedom. Hence, the focus lies on the economic identity of each woman. Equality is achieved if women use their (economic) freedom wisely to succeed in the market.<sup>27</sup> Supporters of neoliberal feminism stress the importance and effectiveness of acting within a given neoliberal framework to push the feminist agenda.<sup>28</sup> Consequently, gender equality becomes the responsibility of each woman: it is an individual struggle; she alone has to make the choice and effort to change her situation. Thus, structural inequalities and patriarchy as reasons for gender inequality are overlooked. As ROTTENBERG puts it, each woman is «mobilized to convert continued gender inequality from a structural problem into an individual affair».<sup>29</sup> In this way, neoliberal feminism effectively depoliticises gender inequality and sex discrimination.<sup>30</sup> The struggle for equality is shifted from the political and public sphere to an individual level.

---

BOAS TAYLOR C./GANS-MORSE JORDAN, Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan, in: *Studies in Comparative International Development* 2009/44(2), p. 137 et seq.

23 HARVEY DAVID, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford 2005, p. 2.

24 BROWN WENDY, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York 2015, p. 9–10; SPRINGER SIMON/BIRCH KEAN/MACLEAVY JULIE, *The Handbook of Neoliberalism*, New York/London 2016, p. 2; GHADERY (Fn. 6), p. 257.

25 BROWN WENDY, Neoliberalism and the end of liberal democracy, in: *Theory & Event* 2005/7(1), p. 37 et seq., p. 37; GILL ROSALIND/ORGADSHANI, The Shifting Terrain of Sex and Power: From the 'Sexualization of Culture' to #MeToo, in: *Sexualities* 2018/21(8), p. 1313 et seq., p. 1315.

26 GHADERY (Fn. 6), p. 258.

27 GHADERY (Fn. 6), p. 258.

28 WILSON KALPANA, Towards a Radical Re-appropriation: Gender, Development and Neoliberal Feminism, in: *Development and Change* 2015/46(4), p. 803 et seq., p. 825.

29 ROTTENBERG CATHERINE, The Rise of Neoliberal Feminism, in: *Cultural Studies* 2014/28(3), p. 418 et seq., p. 420.

30 GHADERY (Fn. 6), p. 258.

### 3.1 Individualistic Approach and Criticism

Unsurprisingly, neoliberal feminism has been heavily criticised by many feminist scholars.<sup>31</sup> Neoliberal feminism pursues an individual approach by arguing that it is down to the energies and ambitions of each individual girl and woman to overcome the obstacles they might face because of their gender. Thus, neoliberal feminism fails to examine the ways in which capitalism might lead to gendered inequality.<sup>32</sup>

As neoliberal feminism encourages individual women to focus more on themselves and their aspirations, feminism can more easily be popularised, circulated and capitalised in the marketplace. Furthermore, neoliberal feminism is highly exclusive, as it addresses only aspirational, highly privileged women.<sup>33</sup> The vision of equality that neoliberal feminism portrays works for people who can reliably purchase care for their children. Thus, feminism in a neoliberal context depends to a large extent on wealth and power.<sup>34</sup> Women's agency is highly dependent on economic wealth, even though neoliberal feminism depicts it as a choice.<sup>35</sup>

Furthermore, neoliberal feminism has shifted the focus from the powerful actors who are the reasons for structural inequalities to the victims of the system – namely, the individual women.<sup>36</sup> Women are required to work on and transform themselves to a greater extent than men. This means that they must take responsibility for themselves and present their actions as freely chosen.<sup>37</sup> Additionally, through the arguments of neoliberal feminists, the neoliberal framework can extend its reach by asking women to change in order to fit in with a rationality that has permeated the economic, social and political spheres.<sup>38</sup> The neoliberal structures are not questioned; rather, each individual woman who is unsuccessful within this economic framework is depicted as the problem.<sup>39</sup>

Essentially, neoliberal feminism fails to push forward (or even acts against) what has lain at the very heart of feminist agendas for decades: opposing the dominant patriarchal power structures that perpetuate, contribute to or fail to address existing gender inequalities. By ignoring structural inequalities, neoliberal feminism removes accountability for gender inequalities from the most powerful and the actors at the centre of

---

31 See, for example, KANTOR JODI, A Titan's How-To on Breaking the Glass Ceiling, in: *New York Times* of February 22, 2013; HUFFER LYNNE, It's the economy, sister, in: *Al Jazeera* of March 18, 2013; EISENSTEIN ZILLAH, «Leaning in» in Iraq: Women's rights and war, in: *Al Jazeera* of March 23, 2013; MAHDAWI ARWA, Sheryl Sandberg saga shows it's time to lean out of corporate feminism, in: *The Guardian* of December 1, 2018.

32 BANET-WEISER/GILL/ROTTENBERG (Fn. 14), p. 9.

33 BANET-WEISER/GILL/ROTTENBERG (Fn. 14), p. 15.

34 RESTREPO SANÍN JULIANA, #MeToo What Kind of Politics?, in: *Journal of Women, Politics & Policy* 2019/40(1), p. 122 et seq., p. 127.

35 PHIPPS (Fn. 12), p. 7.

36 GHADERY (Fn. 6), p. 258.

37 GILL ROSALIND, Postfeminist Media Culture: elements of a sensibility, in: *European Journal of Cultural Studies* 2007/10(2), p. 147 et seq., p. 164.

38 See, for example, FRASER NANCY, *Fortunes of Feminism: From State-managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, London 2013.

39 GHADERY (Fn. 6), p. 258 et seq.

decision making.<sup>40</sup> Hence, neoliberal feminism fails to address questions of social and collective justice.<sup>41</sup>

Furthermore, it has often been argued that gender inequalities have been intensified by neoliberalism as wages stagnated and more women were brought into the workplace, but in precarious positions.<sup>42</sup> Some critics have gone so far as to suggest that neoliberal feminism not only does not help to progress feminist agendas, but actively works against feminism: feminism is instrumentalised to meet the demand of women's labour as central to sustaining neoliberal capital accumulation.<sup>43</sup>

### 3.2 Famous People as Catalysts for the #MeToo Movement

Neoliberal feminism reflects a new trend, whereby famous, high-powered women – such as SHERYL SANDBERG, Emma Watson and Beyoncé – publicly champion feminist ideas and goals.<sup>44</sup> In March 2013, SANDBERG's book *Lean In* was published and quickly became a bestseller.<sup>45</sup> In her book, SANDBERG describes her own experiences with gender inequality throughout her journey to executive leadership in a male-dominated profession.<sup>46</sup> The book can be read as a guide to how women can succeed in their careers and overcome patriarchal stereotypes. But the book was also widely criticised, as having privileged women as feminist role models can perpetuate the assumption that equality has already been achieved, since they have managed to succeed in their careers. Most women are not as privileged and will never work in managerial roles. These women might be unable to fight for themselves in the same way as their famous counterparts, as they lack the resources and security to do so. Thus, the success of privileged women may stifle a dialogue on the underlying causes of how inequality is sustained.<sup>47</sup> Feminism is depoliticised, becoming less a radical movement seeking social change and more a portrayal of individual empowerment on the part of exceptional women.<sup>48</sup> Furthermore, in this view, success is framed exclusively in economic terms; other non-economic successes are not adequately taken into account.

---

40 GHADERY (Fn. 6), p. 259.

41 ROTTENBERG (Fn. 29), p. 419.

42 RESTREPO (Fn. 34), p. 127.

43 WILSON (Fn. 28), p. 808.

44 ROTTENBERG (Fn. 29), p. 418; see further TZEMACH LEMMON GAYLE, Emma Watson gives feminism new life, in: CNN of September 24, 2014.

45 SANDBERG SHERYL, *Lean In: Women, Work, and the Will to Lead*, London 2013.

46 BLEDSOE CHRISTIE, Encouragement to Take the Risk: A Review of Sandberg's *Lean In*, in: *The Delta Kappa Gamma Bulletin* 2014/80(2), p. 58 et seq., p. 58.

47 FOSTER DAWN, Sheryl Sandberg and Christine Lagarde have done nothing to advance feminism, in: *The Guardian* of February 2, 2016.

48 CADDELL APRIL AMANDA, *From Center to Margin: Feminism in an Era of mainstream Co-Optation*, Master of Arts Thesis, University of Alabama 2015, p. 14 et seq.

#### 4 #MeToo – An Outgrowth of Neoliberal Feminism?

ROTTENBERG argues that mass feminist movements such as #MeToo could draw from neoliberal feminism, as famous, high-powered women such as SANDBERG and Hollywood stars such as Watson have already made feminism popular. Additionally, she sees the election of Donald Trump and the reappearance of shameless sexism in the public sphere as catalysts for the phenomenal success of #MeToo.<sup>49</sup> For ROTTENBERG, the focus on the «me» in #MeToo stresses once again the individual responsibility of each woman to come forward and thus is just another manifestation of neoliberal feminism.<sup>50</sup> Here again, the responsibility rests on each victim to come forward and tell her story of sexual harassment and violence. Thus, rather than targeting patriarchal structures, the burden for change lies once more – and only too aptly within the framework of neoliberal feminism – on the individual.<sup>51</sup> If #MeToo were really exclusively a product of neoliberal feminism, some would question whether it can be called feminist at all – which highlights the importance of examining this relationship.<sup>52</sup>

#### 5 #MeToo – An Opposition to Neoliberal Feminism?

Having outlined and examined both #MeToo and neoliberal feminism, as well as the associated criticisms, we can now consider whether #MeToo is exclusively a product of neoliberal feminism.

Neoliberal feminism and the actions of famous women in speaking out have served as a basis for the emergence of #MeToo. The movement has indeed encouraged each woman to come forward and can thus be said to place a focus on the individual, reminding us of neoliberal feminism. A key term in understanding neoliberal feminism is «agency»: women are empowered in the sense that they are no longer victims, but rather agents who can claim to ascend to key positions and have a say.<sup>53</sup> Thus, by enabling each woman to speak out, #MeToo empowers women and gives them agency. Nevertheless, the crux lies in the fact that this agency itself is linked to external circumstances, such as wealth, power and education<sup>54</sup> – both in #MeToo and in neoliberal feminism. Nonetheless, neoliberal feminism has surely encouraged the existence of #MeToo and this is where its merit lies.

However, as SARAH BANET-WEISER correctly notes, «one of the most hopeful manifestations of #metoo has been the focus on the sheer numbers of women coming forward,

---

49 BANET-WEISER/GILL/ROTTENBERG (Fn. 14), p. 16.

50 ROTTENBERG CATHERINE, Can #MeToo go beyond white neoliberal feminism? Who can say #MeToo and who will be heard?, in: Al Jazeera of December 13, 2017.

51 ROTTENBERG (Fn. 50), *passim*.

52 ROTTENBERG CATHERINE, *The Rise of Neoliberal Feminism*, Oxford 2018, p. 74 et seq. She claims that it is too simple not to acknowledge neoliberal feminism as «true» feminism.

53 GHADERY (Fn. 6), p. 272.

54 See further WILSON KALPANA, Agency as «Smart Economics»: Neoliberalism, Gender and Development, in: MADHOK, SUMI/PHILLIPS, ANNE/WILSON, KALPANA (eds.), *Gender, Agency and Coercion*, London 2013, p. 84 et seq.

forcing people to deal with the collectivity of it all». <sup>55</sup> So, even if #MeToo evolved from an individual neoliberal feminist starting point, the movement as a whole is collective, with common aims. <sup>56</sup> The campaign has provided space for a wide range of women to tell their stories and debate on sexual harassment, sexism and rape culture. <sup>57</sup> The role of social media further emphasises this collective aspect of #MeToo. The success of #MeToo can be explained by its broad reach and the intense public pressure it has brought to bear – which was only possible thanks to social media. So, the collective aspect of #MeToo is much more important than the starting point of an individual coming forward to tell her story.

Also, the critique of neoliberal feminism outlined above cannot be extended to #MeToo. In fact, the goals of neoliberal feminists and #MeToo are contradictory. #MeToo essentially challenges and threatens neoliberalism by demanding dramatic economic, social and cultural transformation. <sup>58</sup> Hence, #MeToo contests the system which neoliberal feminists seek to sustain. Moreover, #MeToo has led to legislative reforms – for example, on the issue of consent for sexual interactions in Spain and anti-street harassment in France. Thus, #MeToo has had a practical impact. <sup>59</sup> Therefore, the critique that neoliberal feminism does not push for structural change does not apply to #MeToo.

## 6 Conclusion

Understanding #MeToo merely as a product of neoliberal feminism is overly simplistic. <sup>60</sup> Admittedly, neoliberal feminism was an important precursor for #MeToo and can help to explain both its existence and its success. But although #MeToo pushes each individual to come forward (which could be seen as a neoliberal feminist conception), it draws its power from the collective. Also, #MeToo challenges the system which neoliberal feminism seeks to sustain: it demands structural change which means the focus lies on society as a whole, and not on each woman. The individual woman is just the starting point to achieve something bigger. Hence, not only are the aims of the two movements contradictory, but the criticisms that neoliberal feminism faces do not apply to #MeToo, as its aim is to exert collective force and pressure – with the help of social media – to change the collective system.

---

55 BANET-WEISER SARAH, Popular feminism: Structural rage, in: Los Angeles Review of Books of March 30, 2018.

56 SUNSTEIN CASS R., #MeToo as a Revolutionary Cascade, in: Chandra Giti/Erlingsdóttir Irma (eds.), *The Routledge Handbook of the Politics of the #MeToo Movement*, Abingdon/New York 2021, p. 50 et seq.

57 See further: KELLER JESSALYNN/MENDES KAITLYNN/RINGROSE JESSICA, Speaking <unspeakable things>: Documenting digital feminist responses to rape culture, in: *Journal of Gender Studies* 2018/27(1), p. 22 et seq.

58 BANET-WEISER/GILL/ROTTENBERG (Fn. 14), p. 16.

59 LONEY-HOWES RACHEL, The Politics of the Personal: The Evolution of Anti-rape Activism: From Second-Wave Feminism to #MeToo, in: Fileborn Bianca/Loney-Howes Rachel (eds.), *#MeToo and the Politics of Social Change*, Cham 2019, p. 32 et seq.

60 See Section 4.



# Trans Kinder in der Schule

## Von rechtlichen Herausforderungen und Integration

---

Andrea Büchler/Antonella Schmucki<sup>1</sup>

*Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Rechte und Pflichten trans Schüler\*innen, ihre Mitschüler\*innen, Eltern und die Schule im gegenseitigen Verhältnis haben. Zuerst wird die Rechtsstellung der einzelnen Akteure dargelegt. In einem zweiten Schritt wird anhand einiger Beispielkonstellationen beleuchtet, wie widerstreitende Interessen und Rechtspositionen in Einklang gebracht werden könnten. Oftmals stösst das Recht allerdings an seine Grenzen und vermag keine befriedigende Lösung zu präsentieren. Viel wichtiger ist es, ein Klima von Toleranz, Akzeptanz und Offenheit zu schaffen und allen Beteiligten die Möglichkeit zu geben, sich zu äussern.*

### 1 Einleitung

«Wird es ein Junge oder ein Mädchen?» – diese Frage interessiert werdende Eltern und ihr Umfeld oftmals in besonderem Mass. Ganz selbstverständlich setzen wir demnach voraus, dass es nur zwei Geschlechter gibt, nämlich das «weibliche» und das «männliche», und Menschen aufgrund ihrer körperlichen Merkmale eindeutig und unverrückbar einem der beiden angehören.<sup>2</sup> Die Binarität der Geschlechter ist allerdings weit mehr als nicht hinterfragtes Alltagswissen, sie beeinflusst unsere Gesellschaft und infolgedessen unser Rechtssystem.<sup>3</sup>

- 
- 1 Der vorliegende Beitrag ist eine gekürzte, aktualisierte und an wenigen Stellen erweiterte Fassung von BÜCHLER ANDREA, unter Mitarbeit von SCHMUCKI ANTONELLA, Juristische Expertise: trans Kinder in der Schule, Im Auftrag der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich, Zürich 2020. Einige Passagen wurden wörtlich übernommen, andere leicht umformuliert.
  - 2 BAGER KATHARINA/GÖTTSCHE ANNA LENA, Kinder, Eltern, Staat, Rechtliche Konflikte im Zusammenhang mit minderjährigen Inter\*- und Trans\*Personen, in: Schmidt Friederike/Schondelmayer Anne-Christin/Schröder Ute B. (Hrsg.), Selbstbestimmung und Anerkennung sexueller und geschlechtlicher Vielfalt, Lebenswirklichkeiten, Forschungsergebnisse und Bildungsbausteine, Wiesbaden 2015, S. 119 ff., S. 119.
  - 3 ADAMIETZ LAURA, Geschlechtsidentität im deutschen Recht, in: APuZ 2012/20–21, S. 15 ff., S. 16; BAGER/GÖTTSCHE (Fn. 2), S. 119.

Die meisten Menschen identifizieren sich mit dem Geschlecht, das ihnen ein\*e Ärzt\*in nach der Geburt aufgrund äusserlicher Merkmale zuwies<sup>4</sup> und das ihnen die Gesellschaft weiterhin zuschreibt. Die duale Geschlechterordnung stellt für sie keine grössere Herausforderung dar.<sup>5</sup> Einige Menschen fühlen sich aber dem anderen Geschlecht oder gar keinem Geschlecht zugehörig.<sup>6</sup> Diese Menschen begegnen in ihrem Alltag einer Vielzahl von Herausforderungen, Unverständnis oder gar Anfeindungen. Besonders Kinder und Jugendliche können einem hohen Leidensdruck ausgesetzt sein, da sie sich in einem Netz verworrener Interessen befinden: Neben ihr eigenes Bedürfnis, «sich selbst sein zu dürfen», treten Wertvorstellungen und allenfalls das Unverständnis ihrer Eltern, die Rechte von Mitschüler\*innen und der Anspruch der Schule, die widerstreitenden Positionen in Einklang zu bringen und gleichzeitig einen alltagstauglichen Schulbetrieb aufrechtzuerhalten.

Der vorliegende Beitrag stellt die Interessen, Rechte und Pflichten aller beteiligten Personen und Akteure überblicksartig dar (Kapitel 3), beleuchtet beispielhaft einige herausfordernde Konstellationen und führt diese, soweit möglich und sinnvoll, einer rechtlichen Lösung zu (Kapitel 4).

## 2 Grundlegendes zu Trans\*

Der Diskurs über LGBTQI<sup>7</sup>-Rechte setzt zuallererst eine inklusive, diskriminierungsfreie Sprache voraus. Daher wird das Thema Trans\* zunächst in einen begrifflichen Kontext eingebettet. Anschliessend wird der rechtliche Rahmen abgesteckt. Im Vordergrund steht dabei der Schutz der Transidentität durch Menschen- und Grundrechte sowie durch Gesetzesrecht.

### 2.1 Terminologisches

Der Begriff *Geschlechtsidentität* bezieht sich auf das innere Empfinden eines Geschlechts, das mit dem bei der Geburt zugeordneten Geschlecht übereinstimmt oder nicht über-

---

4 Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff., S. 805.

5 Schätzungsweise dürften 0,5 bis 3 Prozent der Bevölkerung transgender sein (TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS, Information, verweist auf ausländische Studien); andere Studien gehen davon aus, dass einer von 200 Menschen trans\* ist (BATTHYANY BÉLA, Das Geschlecht der Seele, Schweizer Radio und Fernsehen SRF vom 25. Januar 2018).

6 BAGER/GÖTTSCHE (Fn. 2), S. 119.

7 LGBTQI bedeutet lesbian, gay, bisexual, transgender, queer and intersex. Die Abkürzung beschreibt eine grosse Spanne an sexuellen Orientierungen und Geschlechtsidentitäten und ist nicht abschliessend. Vgl. hierzu BROWNE EVIE, Gender norms, LGBTQI issues and development: a topic guide, 10. Januar 2019, S. 32 m. w. N.; ferner RECHER ALECS, Kapitel 3b, Rechte von Transmenschen, in: Ziegler Andreas R./Montini Michel/Copur Eylem Ayse (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, Eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft, Rechtsfragen zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität, 2. Aufl., Basel 2015, S. 105 ff., Rz. 8.



einstimmt.<sup>8</sup> Während sich *cis Menschen* mit dem Geschlecht identifizieren, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde, entspricht das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht bei *trans Menschen* nicht oder nicht vollständig dem empfundenen Geschlecht.<sup>9</sup> Ist die Person minderjährig<sup>10</sup>, wird im Folgenden der Oberbegriff *trans Kind*, *trans Jugendliche\* r* oder *jugendliche trans Person* verwendet. Ein *trans Junge* wurde bei der Geburt dem weiblichen Geschlecht zugeordnet, identifiziert sich aber als *Junge*. Umgekehrt identifiziert sich ein *trans Mädchen* als *Mädchen*, wurde bei der Geburt aber dem männlichen Geschlecht zugewiesen.<sup>11</sup>

Als *Coming-out* wird der Prozess bezeichnet, während dessen eine Person ihre Geschlechtsidentität oder ihre sexuelle Orientierung wahrnimmt und kommuniziert.<sup>12</sup> Demgegenüber offenbart beim *Fremdouting* eine andere Person, dass jemand ein *trans Mensch* ist.<sup>13</sup> Beim *Zwangsausouting* wird eine Person gezwungen, ihre Transidentität offenzulegen, etwa weil in den offiziellen Dokumenten (noch) der Vorname steht, den die Eltern der *trans Person* nach der Geburt gegeben haben.<sup>14</sup>

*Transition* meint den Prozess, in dem sich eine *trans Person* sozial, rechtlich und/oder medizinisch ihrer Geschlechtsidentität anpasst.<sup>15</sup> Während der *Transition* beginnt eine *trans Person* das Geschlecht, mit dem sie sich identifiziert, äusserlich wahrnehmbar zu leben, etwa indem sie einen neuen Vornamen annimmt, Pronomen verwendet, die mit ihrer Geschlechtsidentität korrespondieren, oder ihrer Geschlechtsidentität entsprechende Kleidung trägt.<sup>16</sup>

Die *Urteilsfähigkeit* wird von Art. 16 ZGB definiert als «Fähigkeit [...], vernunftgemäss zu handeln», und umfasst zwei Komponenten: Die intellektuelle Komponente beschreibt die Fähigkeit, Nutzen, Sinn und Wirkungen eines gewissen Verhaltens einzusehen und abzuwägen, sich also einen Willen zu bilden. Die voluntative Komponente umschreibt die Fähigkeit, entsprechend der gewonnenen Einsicht nach freiem Willen zu handeln.<sup>17</sup>

8 Präambel Yogyakarta Prinzipien.

9 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS, *Trans*, Eine Informationsbroschüre von *trans Menschen* für *trans Menschen* und alle anderen, 5. Aufl., Sarnen 2022, S. 7, 72 und 74; RECHER (Fn. 7), Rz. 4. DAGMAR PAULI weist darauf hin, dass Geschlecht nicht in zwei oder drei Kategorien passe, sondern ein Spektrum sei, IMHASLY PATRICK/LÜTHI THERES/PAULI DAGMAR, «Bin ich besonders? Oder bin ich *trans*» (Interview), in: NZZ am Sonntag vom 20. März 2022, S. 59 f., S. 60.

10 Art. 14 ZGB e contrario.

11 BRILL STEPHANIE/PEPPER RACHEL, *Wenn Kinder anders fühlen – Identität im anderen Geschlecht*, Ein Ratgeber für Eltern, 2. Aufl., München 2016, S. 19; TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 7.

12 PRO FAMILIA BUNDESVERBAND, *Psychosoziale Beratung von inter\* und trans\* Personen und ihren Angehörigen*, Ein Leitfaden, Frankfurt am Main 2016, S. 7; TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 72.

13 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 72.

14 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 75.

15 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 74.

16 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 74; vgl. TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS/FONDATION AGNODICE, *Trans Schüler\_innen*, Best-Practice-Leitfaden für eine *Transition* in Schule und Ausbildung, Bern 2019, S. 10 und 20.

17 Zum Ganzen: FANKHAUSER ROLAND, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 3 zu Art. 16 ZGB; BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH, *Berner Kommentar zum*

Die Urteilsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen ist im Einzelfall mit Blick auf den infrage stehenden Rechtsakt zu beurteilen.<sup>18</sup> Bei Fragen der Geschlechtszugehörigkeit kann die Urteilsfähigkeit abhängig von den Umständen des Einzelfalls ab einem relativ jungen Alter angenommen werden. Das Bezirksgericht Einsiedeln erwog beispielsweise, dass sich ein Kind oftmals bereits beim Eintritt in den Kindergarten oder die Schule bewusst werde, dass es ein Mädchen oder ein Junge sei.<sup>19</sup> Die Geschlechterforschung geht sogar davon aus, dass sich die Geschlechtsidentität etwa in der Zeit entwickelt, zu der Kinder das Sprechen lernen, d.h. mit etwa zwei bis drei Jahren.<sup>20</sup>

Rechte, die im Sinne von Art. 19c Abs. 1 ZGB einer Person um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, werden *höchstpersönliche Rechte* genannt. Sie weisen eine besonders enge Verbindung zur Person und zu ihrem Gefühlsleben auf<sup>21</sup> und können von urteilsfähigen Personen selbstständig ausgeübt werden<sup>22</sup>. Zu finden sind derartige Rechte etwa im Personenrecht.<sup>23</sup> Namentlich das Recht, die Änderung des Personenstands und des oder der Vornamen(s) zu verlangen, ist relativ höchstpersönlicher Natur (Art. 19c Abs. 1 ZGB).<sup>24</sup>

## 2.2 Grund- und menschenrechtlicher Rahmen

Verschiedene Menschen- und Grundrechte garantieren das Recht auf die eigene Geschlechtsidentität und eine entsprechende Lebensführung.<sup>25</sup> Aus dem in Art. 8 EMRK

---

Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017, N 45 zu Art. 16 ZGB; BGE 117 II 231 E. 2a S. 232.

- 18 HOTZ SANDRA, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 3 zu Art. 16 ZGB.
- 19 Urteil des Bezirksgerichts Einsiedeln ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, zitiert nach COTTIER MICHELLE, Entscheidbesprechung von Bezirksgericht Einsiedeln, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, Änderung von Geschlecht und Vornamen bei urteilsfähigen Minderjährigen, in: AJP 2020/7, S. 942 ff., S. 943, mit Verweis auf Bundesrat (Fn. 4), S. 845 m. w. N.; vgl. ferner TRANSCENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 37.
- 20 BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 29; SCHNEIDER ERIK/HAUFE KAROLINE, trans\*Kinder in familiären und institutionellen Bezügen, in: Schreiber Gerhard (Hrsg.), Das Geschlecht in mir, Neurowissenschaftliche, lebensweltliche und theologische Beiträge zur Transsexualität, Berlin/Boston 2019, S. 107 ff., S. 110; gemäss DAGMAR PAULI entwickelt sich die Geschlechtsidentität ab etwa drei bis vier Jahren, IMHASLY/LÜTHI/PAULI (Fn. 9), S. 60.
- 21 HOTZ SANDRA, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 1 zu Art. 19c ZGB.
- 22 FANKHAUSER ROLAND, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 1 zu Art. 19c ZGB.
- 23 FANKHAUSER (Fn. 22), N 2 zu Art. 19c ZGB.
- 24 COTTIER (Fn. 19), S. 945; STUDER MELANIE/RECHER ALECS, Bemerkungen zu Regionalgericht Oberland, Zivilabteilung, Entscheid CIV 17 2249 vom 23. August 2017, in: FamPra.ch 2018/1, S. 204 ff., S. 209 f.; Urteil des Bezirksgerichts Zürich EP190083-L/U vom 28. Januar 2020, zitiert nach COTTIER (Fn. 19), S. 945 in Fn. 18; offengelassen von Regionalgericht Oberland CIV 17 2249 vom 23. August 2017 E. 7, zitiert nach STUDER/RECHER (Fn. 24), S. 205; wohl auch Bezirksgericht Einsiedeln ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019 E. 4, zitiert nach COTTIER (Fn. 19), S. 943; siehe aber unten Kapitel 2.3.2.
- 25 RECHER (Fn. 7), Rz. 16.

garantierten Anspruch auf Achtung des Privatlebens und insbesondere dem Recht, über den eigenen Körper zu verfügen, leitet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) einerseits ein Recht auf geschlechtliche Identität ab.<sup>26</sup> Andererseits schützt die Bestimmung das Recht auf körperliche Integrität. Dieses Recht würde insbesondere dann verletzt, wenn die Anerkennung der selbstbestimmten Geschlechtsidentität von einem körperlichen Eingriff abhinge, weil so die freie Entscheidung über einen Eingriff verunmöglicht würde.<sup>27</sup> In diesem Sinne entschied der EGMR vor wenigen Jahren, dass die rechtliche Anerkennung des selbst gewählten Geschlechts weder von einer Sterilisation noch von einer geschlechtsangleichenden Operation abhängig gemacht werden darf.<sup>28</sup>

Im schweizerischen Grundrechtssystem wird das Recht auf die eigene Geschlechtsidentität durch Art. 10 und Art. 13 BV garantiert.<sup>29</sup> Die Lebensführung entsprechend der persönlich wahrgenommenen Geschlechtszugehörigkeit wird als eine elementare Entfaltung der Persönlichkeit von der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) geschützt.<sup>30</sup> Im Weiteren sind der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) und der informationellen Selbstbestimmung besonders zu betonen: Trans Menschen kommt die Selbstbestimmung darüber zu, welche Informationen bezüglich ihrer Transidentität und ihres Körpers sie preisgeben wollen.<sup>31</sup> Aus dem Anspruch auf Schutz vor dem Missbrauch per-

---

26 Urteil des EGMR A.P., *Garçon und Nicot gegen Frankreich* (Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13) vom 6. April 2017, § 92 ff; WILDHABER LUZIUS, in: Pabel Katharina/Schmahl Stefanie (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten*, 2. Lieferung, Köln 1992, N 208 ff. zu Art. 8 EMRK.

27 Zum Ganzen: BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, in: Degele Nina/Penk Witt Meike (Hrsg.), *Queering Gender – Queering Society*, Freiburger FrauenStudien, Zeitschrift für Interdisziplinäre Frauenforschung 2005/17, S. 115 ff., S. 129; BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich*, Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade, in: *FamPra.ch* 2020/4, S. 875 ff., 875 f. Die Rechtsprechung des EGMR zu verschiedenen Menschenrechten im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität bis zum Januar 2010 fasste HAMMARBERG THOMAS, *Menschenrechte & Geschlechtsidentität*, Themenpapier, Berlin 2010, zusammen.

28 Urteil des EGMR A.P., *Garçon und Nicot gegen Frankreich* (Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13) vom 6. April 2017, § 126 ff.; in der psychologischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass Geschlechtsidentität subjektiv erlebt wird (GARCIA DAVID/GROSS PATRICK/BAERISWYL MYSHELLE/ECKEL DIETER/MÜLLER DOROTHEA/SCHLATTER CAROLINE/RAUCHFLEISCH UDO, *Von der Transsexualität zur Gender-Dysphorie, Beratungs- und Behandlungsempfehlungen bei TransPersonen*, Schweizerisches Medizin-Forum 2014, S. 382 ff., S. 384) und Transidentität eine Normvariante und keine Störung der Geschlechtsidentität ist (RAUCHFLEISCH UDO, *Transsexualität – Transidentität, Begutachtung, Begleitung, Therapie*, 5. Aufl., Göttingen 2016, S. 14 ff., insb. S. 27).

29 RECHER (Fn. 7), Rz. 17; vgl. BREITENMOSER STEPHAN, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, N 21 zu Art. 13 BV mit Verweis auf BGE 119 II 264 E. 5 S. 268, wo das Recht auf geschlechtliche Identität jedoch unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK eingeordnet wurde.

30 TSCHENTSCHER AXEL, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, N 35 zu Art. 10; RECHER (Fn. 7), Rz. 17 f.

31 RECHER (Fn. 7), Rz. 29.

sönlicher Daten folgt, dass derart sensible persönliche Angaben wie die Transidentität einer Person nicht Dritten bekanntgegeben werden dürfen.<sup>32</sup>

Aus Art. 8 BV und Art. 14 EMRK<sup>33</sup> folgt schliesslich das Verbot, trans Menschen zu diskriminieren, sie also alleine aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Gruppe von trans Menschen rechtsungleich zu behandeln.<sup>34</sup>

## 2.3 Gesetzlicher Rahmen

Neben menschen- und grundrechtlichen Garantien schützen diverse Bestimmungen auf Gesetzesstufe verschiedene Aspekte der Transidentität. Das schweizerische Recht kennt indessen kein spezifisches Gesetz, das Rechte und allfällige Pflichten von trans Personen regelt.<sup>35</sup> Nachfolgend werden der allgemeine Schutz der Persönlichkeit und die Änderung des Geschlechts und des Vornamens im Personenstandsregister beleuchtet.

### 2.3.1 Schutz der Persönlichkeit im Allgemeinen

Art. 28 ZGB regelt den Schutz der Persönlichkeit vor widerrechtlichen Verletzungen. Der Begriff der Persönlichkeit entzieht sich einer abschliessenden Definition.<sup>36</sup> Er umfasst sämtliche Werte, die einer Person aufgrund ihrer blossen Existenz zuteilwerden.<sup>37</sup> In der Literatur wird für Klassifikationszwecke unterschieden zwischen der physischen, der affektiven (oder emotionalen) und der sozialen Persönlichkeit.<sup>38</sup> Im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsam ist der Schutz der physischen und der sozialen Persönlichkeit. Während ersterer grundsätzlich sämtliche Eingriffe in die körperliche Integrität, etwa Gewalteinwirkungen, untersagt,<sup>39</sup> umfasst zweiterer u. a. das Recht auf einen

32 Vgl. SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, N 74 zu Art. 13 BV; DIGGELMANN OLIVER, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, N 33 zu Art. 13.

33 Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist nur in Verbindung mit einer in der EMRK garantierten Freiheit anwendbar (SAUER HEIKO, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. [Hrsg.], EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., München 2022, N 3 zu Art. 14 EMRK).

34 WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, N 71 und 86 zu Art. 8 BV; vgl. zu Art. 8 Abs. 2 BV, BGE 129 I 217 E. 2.1 S. 223 f.

35 Anders etwa Deutschland: Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. September 1980 (Transsexuellengesetz, TSG; BGBl. I 1980 S. 1654); HAMMARBERG THOMAS, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, 2. Aufl., Strassburg 2011, S. 85 ff., untersuchte verschiedene europäische Gesetze zur rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität.

36 DÖRR BIANKA, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 3 zu Art. 28 ZGB.

37 Statt vieler BGE 134 III 193 E. 4.5 S. 199 f.; HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Rz. 851.

38 HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 37), Rz. 862; DÖRR (Fn. 36), N 4 zu Art. 28 ZGB; MEILI ANDREAS, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 17 zu Art. 28 ZGB jeweils m. w. N.

39 DÖRR (Fn. 36), N 5 zu Art. 28 ZGB.

Namen (Art. 29 und Art. 30 Abs. 3 ZGB), den Schutz der Ehre und das Recht auf Achtung des Privatlebens.<sup>40</sup> Letzteres gewährleistet bis zu einem bestimmten Grad die Selbstbestimmung darüber, wer welche Informationen über die betreffende Person erfahren darf und welche personenbezogenen Daten oder Ereignisse einer breiteren Öffentlichkeit unzugänglich bleiben sollen.<sup>41</sup> Die Transidentität einer Person ist als Teilgehalt ihres Privatlebens zu achten. Eine trans Person darf demnach selbst darüber entscheiden, ob sie Informationen mit Bezug auf die Tatsache, dass sie trans\* ist, über ihren Körper und allfällige medizinische Angleichungen offenbaren möchte.<sup>42</sup>

### 2.3.2 Die Änderung des Personenstandes und des Vornamens im Besonderen

Im Alltag fast bedeutsamer als die Möglichkeit, gegen widerrechtliche Persönlichkeitsverletzungen gerichtlich vorzugehen, dürfte für trans Menschen sein, dass ihr Erscheinungsbild mit ihrem Vornamen und dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister übereinstimmt. Lange Zeit war die Änderung des Personenstands allerdings mit beträchtlichen Schwierigkeiten verbunden. Unklar erschien zunächst, ob es sich dabei um eine Statusklage besonderer Art<sup>43</sup> oder eine Statusklage im Sinne von Art. 42 ZGB<sup>44</sup> handelte. Grosse Abweichungen dürfte es im Weiteren in den kantonalen Praktiken zu den zu erfüllenden Voraussetzungen gegeben haben, wobei in den letzten Jahren in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR<sup>45</sup> zumindest darauf verzichtet wurde, eine chirurgische Sterilisation oder operative Annäherungen an das Wunschgeschlecht vorzusetzen.<sup>46</sup>

Die Situation von trans Menschen in Bezug auf die Änderung des Personenstandsregisters wurde mit der Einführung von Art. 30b ins ZGB per Anfang 2022 verbessert. Insbesondere stärkt die Norm die Selbstbestimmung von trans Menschen, indem sie in Abs. 1 bestimmt, dass «[j]ede Person, die innerlich fest davon überzeugt ist, nicht dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht zuzugehören, [...] gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären [kann], dass sie den Eintrag ändern lassen will».<sup>47</sup> Gleichzeitig kann die erklärende Person einen oder mehrere ihrer Geschlechtsidentität entsprechende Vornamen wählen (Art. 30b Abs. 2 ZGB).

Trans Kinder und trans Jugendliche können ihren Personenstandseintrag und/oder ihre(n) Vornamen grundsätzlich im selben Verfahren anpassen lassen, benötigen dafür

40 HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Fn. 37), Rz. 873 ff., insb. Rz. 874, 876 und 877.

41 HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020, Rz. 664; ausführlich auch MEILI (Fn. 38), N 23 ff. zu Art. 28 ZGB.

42 RECHER (Fn. 7), Rz. 29.

43 GRAF-GAISER CORA/MONTINI MICHEL, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 4 zu Art. 42 ZGB; BGE 143 III 284 E. 5.3 S. 286 f.

44 RECHER ALECS, Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid, in: FamPra.ch 2015/3, S. 623 ff., S. 627; KUŽINAR NADIA/SAVARY FIONA, Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz, Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung, in: ex ante 2017/1, S. 40 ff., S. 43.

45 Vgl. Fn. 28.

46 Bundesrat (Fn. 4), S. 800 und 808 ff.; vgl. KUŽINAR/SAVARY (Fn. 44), S. 43 ff.

47 Vgl. Bundesrat (Fn. 4), S. 810.

allerdings die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin, wenn sie das 16. Altersjahr noch nicht vollendet haben (Art. 30b Abs. 4 Ziff. 1 ZGB). Das Zustimmungserfordernis diene dem «Schutz der besonders verletzlichen Personen, insbesondere der Minderjährigen, gegen leichtsinnige oder unter dem Einfluss Dritter abgegebener Erklärungen».<sup>48</sup> Es solle «keine zusätzliche Hürde für Minderjährige» sein, sondern sicherstellen, dass sie «bei dieser Entscheidung begleitet werden».<sup>49</sup> Obwohl diese Absichten begrüssenswert sind, vermag die konkrete Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses in verschiedener Hinsicht nicht zu überzeugen. Zunächst stellt sich die Frage, wie es mit dem Ziel der Revision, die Selbstbestimmung von trans Personen zu stärken, zu vereinbaren ist, Menschen bis 16 Jahre generell keine selbstbestimmte Entscheidung über ihre Geschlechtsidentität zuzutrauen.<sup>50</sup> Darüber hinaus ist nicht einzusehen, weshalb die selbstständige Erklärung zur Änderung des Personenstands von einer starren Altersgrenze abhängen soll, stellt doch das ZGB bei der Ausübung höchstpersönlicher Rechte im Übrigen auf die Urteilsfähigkeit ab.<sup>51</sup> In diesem Sinne hat das Bezirksgericht Einsiedeln noch 2019 entschieden, dass ein neunjähriges Kind mit Bezug auf seine Geschlechtsidentität urteilsfähig ist und damit zusammenhängende Rechte selbstständig ausüben kann.<sup>52</sup> Dass ein urteilsfähiges Kind seit dem Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2022 die Änderung des Personenstandsregisters und/oder der Vornamen nicht mehr selbst verlangen kann, ist somit ein bedauerlicher Rückschritt.<sup>53</sup> Schliesslich schweigt sich Art. 30b Abs. 4 Ziff. 1 ZGB darüber aus, nach welchem Massstab der gesetzliche Vertreter bzw. die gesetzliche Vertreterin zu entscheiden hat.<sup>54</sup> Freilich haben sich Eltern bei der Kindererziehung am Kindeswohl zu orientieren (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Diese Vorgabe kann in der Praxis wohl kaum verhindern, dass Eltern(-teile) aus persönlicher Abneigung gegen die Geschlechtsidentität ihres Kindes die Zustimmung verweigern. In diesem Fall erfährt das Kind nicht nur eine Ablehnung seiner Persönlichkeit durch die Eltern, sondern es muss überdies die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) darum ersuchen, die Eltern zur Zustimmung aufzufordern, oder die Änderung des Personenstandsregisters beim Gericht beantragen.<sup>55</sup> Gerade in konfliktträchtigen Situationen hat sich die rechtliche Lage für Kinder und Jugendliche folglich eher verschlechtert.<sup>56</sup>

---

48 Bundesrat (Fn. 4), S. 842.

49 Votum RIEDER BEAT, amtl. Bull. SR 2020, S. 1118.

50 COTTIER (Fn. 19), S. 945.

51 Siehe auch oben Kapitel 2.1; Art. 19c ZGB; Art. 305 Abs. 1 ZGB schränkt die elterliche Sorge insofern ein.

52 Urteil des Bezirksgerichts Einsiedeln ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, zitiert nach COTTIER (Fn. 19), S. 943.

53 Gl. M. wohl COTTIER (Fn. 19), S. 945 f.

54 Votum JOSITSCH DANIEL, amtl. Bull. SR 2020, S. 1119 f.

55 COTTIER (Fn. 19), S. 946; vgl. demgegenüber Bundesrat (Fn. 4), S. 844.

56 COTTIER (Fn. 19), S. 946.

### 3 Das Verhältnis Kind-Eltern-Schule im Allgemeinen

Bei trans Kindern und Jugendlichen sind neben der Frage nach dem rechtlichen Schutz der Transidentität auch Fragestellungen im Hinblick auf ihre Minderjährigkeit bedeutsam. Im Folgenden wird untersucht, welche Rechte Minderjährigen zustehen, wie diese ausgeübt werden und inwiefern sie durch Rechte und Pflichten weiterer Akteure begrenzt werden.

#### 3.1 Kinder- und Jugendrechte

Art. 1 und Art. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 bestimmen, dass alle Menschen Anspruch auf die in der Erklärung verbrieften Rechte und Freiheiten haben, weil sie «frei und gleich an Würde und Rechten geboren» sind. Voraussetzung der Menschenrechtsträgerschaft ist somit ausschliesslich das Menschsein.<sup>57</sup> In ähnlicher Weise knüpft das schweizerische Grundrechtssystem die Grundrechtsfähigkeit an die Menschenwürde an.<sup>58</sup> Die meisten Menschen- und Grundrechte schützen demnach auch Kinder und Jugendliche.<sup>59</sup> Neben den bereits erwähnten Garantien zum Schutz der Geschlechtsidentität<sup>60</sup> ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass Kinder und Jugendliche aus Art. 8 EMRK einen selbstständigen Anspruch auf Achtung ihrer Privatsphäre ableiten können.<sup>61</sup> Darüber hinaus finden sich auf verschiedenen Normstufen spezifische Rechte und Schutzpflichten zugunsten von Kindern und Jugendlichen.<sup>62</sup>

57 VON MEISS FLAVIA, Die Pflichten der Staaten im menschenrechtlichen Schutz von Kindersoldaten, Diss. Bern 2012, Zürich 2014, S. 5.

58 WYTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Diss. Bern, Basel/Genf/München 2006, S. 266; vgl. im Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit BGE 65 I 266.

59 WYTENBACH JUDITH, Gewalterfahrungen von Kindern und Jugendlichen: Schutzpflichten des Staates aus der UN-Kinderrechtskonvention und aus dem schweizerischen Recht, in: Gerber Jenni Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Rechtsstellung und Gewaltbetroffenheit von Kindern und Jugendlichen, Basel 2002, S. 129 ff., S. 130; BAGER KATHARINA/ELSUNI SARAH, Trans\*geschlechtlichkeit und Selbstbestimmungsrechte bei Kindern und Jugendlichen, in: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen/Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (Hrsg.), «Für mich bin ich o.k.», Transgeschlechtlichkeit als Thema bei Kindern und Jugendlichen, Dokumentation des Fachtages vom 3. Dezember 2012 im Louise-Schröder-Saal des Roten Rathauses Berlin, Berlin 2013, S. 37 ff., S. 45 f.; zur Grundrechtsfähigkeit auch BUCHER LAURA, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2013, S. 51 und 56 ff.; eine Ausnahme bilden etwa die politischen Rechte in Bundessachen gemäss Art. 34 i. V. m. Art. 136 BV.

60 Art. 8 und Art. 14 EMRK und im Grundrechtssystem Art. 8, Art. 10 und Art. 13 BV; siehe oben Kapitel 2.2.

61 WYTENBACH (Fn. 58), S. 164 f.

62 BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 47; WYTENBACH (Fn. 59), S. 130.

### 3.1.1 Dreh- und Angelpunkt: das Kindeswohl

Gemeinsamer Anknüpfungspunkt und oberstes Gebot aller Normen, die sich mit Kinderbelangen beschäftigen, ist die Wahrung des Kindeswohls (Art. 3 UN-KRK).<sup>63</sup> Eine griffige Definition des Kindeswohlbegriffs fehlt allerdings bislang,<sup>64</sup> vielmehr hängt seine Bedeutung vom kulturellen, religiösen und politischen Hintergrund ab.<sup>65</sup> Normen, die darauf gerichtet sind, die Entwicklung des Kindes in Übereinstimmung mit seinen Neigungen und Bedürfnissen zu unterstützen und eine Gefährdung der physischen oder der psychischen Integrität zu verhindern, sind jedenfalls als feste Inhalte des Kindeswohls zu verstehen.<sup>66</sup> Sodann lassen sich zumindest folgende sechs Grundbedürfnisse des Kindes herausarbeiten: Ernährung und Versorgung, Schutz vor Gefahren, Bewahrung der Gesundheit, Liebe und Zuwendung, Aufrechterhaltung stabiler Bindungen sowie Vermittlung von Erfahrungen und Wissen.<sup>67</sup> Der Kindeswohlbegriff von Art. 3 UN-KRK begrenzt sich indessen nicht nur darauf, Verletzungen von Kinderrechten zu verhindern, sondern verlangt, in einer konkreten Konstellation die tatsächlichen und die rechtlichen Interessen des Kindes weitestmöglich zu wahren.<sup>68</sup>

### 3.1.2 Kindspezifische Rechte

Eine Konkretisierung erfährt der Begriff des Kindeswohls in verschiedenen Normtexten. Als grundlegendstes Vertragsdokument ist die UN-KRK zu nennen, welche die Rechte und Schutzansprüche von Kindern und Jugendlichen umfassend auflistet.<sup>69</sup> Auch einige Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung adressieren Kinder und Jugendliche.<sup>70</sup> Art. 11 BV schreibt etwa den Schutz von Kindern und Jugendlichen vor, Art. 19 BV statuiert den Anspruch auf Grundschulunterricht.

Abzugrenzen ist die Frage der Rechtsträgerschaft von der Frage, ob Kinder und Jugendliche die ihnen zustehenden Rechte selbstständig ausüben können. In diesem Zusammenhang sind zwei Normen besonders bedeutsam: Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19c ZGB. Gemäss Art. 19c ZGB üben urteilsfähige Minderjährige höchstpersönliche Rechte selbst aus. Dies betrifft beispielsweise die Persönlichkeitsrechte im Sinne von Art. 28 ff.

63 BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 48; WYTENBACH (Fn. 58), S. 136 ff.; SCHMAHL STEFANIE, Handkommentar zur Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 1 zu Art. 3 UN-KRK; BERNET STEPHANIE, Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag, Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimensionen des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche, in: ex ante 2017/2, S. 30 ff., S. 33.

64 Zu verschiedenen Ansprüchen an das Kindeswohl RAVEANE ZENO, Die Ausübung der elterlichen Sorge, Unter besonderer Berücksichtigung der Autonomie der Eltern, Diss. Zürich 2020, Bern 2021, Rz. 63.

65 WYTENBACH (Fn. 58), S. 136 f.

66 WYTENBACH (Fn. 58), S. 136; BERNET (Fn. 63), S. 33 f.

67 BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, S. 269, mit Verweis auf die in der UN-KRK verbrieften Rechte und Ansprüche.

68 WYTENBACH (Fn. 58), S. 137; SCHMAHL (Fn. 63), N 3 f. zu Art. 3 UN-KRK; BERNET (Fn. 63), S. 34.

69 WYTENBACH (Fn. 59), S. 130 und 134; DIES. (Fn. 58), S. 137; zu den relevanten Garantien im Verhältnis trans Kind – Eltern – Staat BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 47 f.

70 Vgl. WYTENBACH (Fn. 58), S. 266 f.



ZGB, etwa das Recht auf physische Unversehrtheit oder das Recht auf Ehre.<sup>71</sup> Demgegenüber bezieht sich Art. 11 Abs. 2 BV auf die Ausübung von Rechten im Verhältnis zwischen dem Kind bzw. der jugendlichen Person und dem Staat.<sup>72</sup> Die genaue Tragweite von Art. 11 Abs. 2 BV und das Verhältnis zu Art. 19c ZGB sind im Einzelnen umstritten, können vorliegend aber auch offenbleiben.<sup>73</sup> Gemeinsam garantieren die beiden Bestimmungen urteilsfähigen trans Kindern und Jugendlichen jedenfalls das Recht, persönlichkeitsnahe (Grund-)Rechte im Zusammenhang mit ihrer Transidentität selbstständig auszuüben.

Zuletzt sei auf Art. 12 UN-KRK hinzuweisen, der urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen das Recht zusichert, sich zu allen sie «berührenden Angelegenheiten» zu äussern. Dem ist allerdings nicht Genüge getan, wenn die Kinder nur gehört werden, vielmehr müssen Meinungsäusserungen von Kindern und Jugendlichen gemäss Art. 12 Abs. 1 UN-KRK auch im Entscheidungsfindungsprozess angemessen und entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife berücksichtigt werden.<sup>74</sup> Diese Bestimmung ist in dreierlei Hinsicht zu konkretisieren: Erstens verbietet Art. 12 UN-KRK kein Selbstbestimmungsrecht des Kindes oder der jugendlichen Person gegenüber Eltern und Staat, sondern verdeutlicht, dass den Ansichten von urteilsfähigen minderjährigen Personen in Erziehungsangelegenheiten und staatlichen Entscheidungsprozessen angemessen Beachtung zu schenken ist.<sup>75</sup> Zweitens kann sich die Frage stellen, inwieweit der Kindeswille im Sinne von Art. 12 UN-KRK zu berücksichtigen ist, wenn dieser dem Kindeswohl im Sinne von Art. 3 UN-KRK widerspricht. Bei der Ausfüllung des Kindeswohlbegriffs ist der Wille des Kindes zumindest ein Aspekt unter vielen, allerdings ein unter Umständen sehr gewichtiger.<sup>76</sup> Für die Abwägung zwischen Kindeswohl und Kindeswille definieren DETTENBORN und WALTER folgende Faustregel: «so viel Akzeptanz des Kindeswillens wie möglich, so viel staatlich reglementierender Eingriff wie nötig, um das Kindeswohl zu sichern.»<sup>77</sup> Drittens hat die Berücksichtigung der Ansichten des Kindes gemäss dem Wortlaut der Bestimmung «entsprechend seinem Alter und seiner Reife» zu erfolgen. Das Alter kann dabei ein Anhaltspunkt für die Frage der Urteilsfähigkeit des Kindes sein. Allerdings korrespondieren Alter und Reife nicht zwangsläufig, sondern die Reife hängt von den verfügbaren Informationen, Erfahrungen, sozialen und kulturellen Erwartungen, der Um-

71 WYTENBACH (Fn. 58), S. 317; BUCHER ANDREAS, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Basel 2009, Rz. 146.

72 BIAGGINI GIOVANNI, OFK BV, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Aufl., Zürich 2017, N 7 zu Art. 11 BV.

73 Dazu WYTENBACH (Fn. 58), S. 314 ff.; BIAGGINI (Fn. 72), N 7 zu Art. 11 BV; ausführlich auch BÜCHLER ANDREA, unter Mitarbeit von ANTONELLA SCHMUCKI, *Juristische Expertise: trans Kinder in der Schule*, Im Auftrag der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich, Zürich 2020, S. 10 ff.; gemäss dem Votum VOLLMER PETER, *amtl. Bull. Separatdruck BV NR 1998*, S. 490, entsprechen Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19c ZGB einander.

74 SCHMAHL STEFANIE, *Handkommentar zur Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 10 zu Art. 12 UN-KRK.

75 WYTENBACH (Fn. 58), S. 323 f.

76 BÜCHLER ANDREA/ENZ BENJAMIN V., *Der persönliche Verkehr*, in: *FamPra.ch* 2018/4, S. 911 ff., S. 918 m. N. und bezüglich Besuchsrecht; WYTENBACH (Fn. 58), S. 324.

77 DETTENBORN HARRY/WALTER EGINHARD, *Familienrechtspsychologie*, 3. Aufl., München 2016, S. 93.

gebung sowie der vorhandenen Unterstützung ab.<sup>78</sup> Die Meinungsäusserungen von Kindern und Jugendlichen sind darüber hinaus stärker zu berücksichtigen, wenn die Entscheidung persönlichkeitsnahe Aspekte betrifft<sup>79</sup> oder wenn sie gewichtigen Einfluss auf die Zukunft und das Leben des Kindes oder des bzw. der Jugendlichen hat<sup>80</sup>. In etwas konkreterer Weise verpflichtet schliesslich Art. 301 Abs. 2 ZGB die Eltern, «dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung» zu gewähren und «soweit tunlich [...] auf seine Meinung Rücksicht» zu nehmen.

### 3.2 Elternrechte und -pflichten

Art. 301 Abs. 1 ZGB berechtigt und verpflichtet die Eltern,<sup>81</sup> das Kind mit Blick auf sein Wohl zu pflegen und zu erziehen und die nötigen Entscheide zu treffen.<sup>82</sup> Als Ausflüsse des Erziehungsrechts nennt das ZGB ausdrücklich die Wahl eines Vornamens (Art. 301 Abs. 4 ZGB), das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art. 301a ZGB) und die religiöse Erziehung bis zum 16. Altersjahr (Art. 303 ZGB). Im Übrigen verpflichten Art. 302 Abs. 1 und 2 ZGB die Eltern in allgemeiner Weise, «das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen» und ihm eine «seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen». Es steht somit primär den Eltern zu, das Erziehungsrecht inhaltlich auszufüllen.<sup>83</sup> Sie entscheiden über die Erziehungsmethode, geben den Kindern oder Jugendlichen ihre sittlich-moralischen Vorstellungen, ihre Traditionen und ihre Religion weiter und entscheiden über alltägliche Fragen unter anderem im Zusammenhang mit der medizinischen Versorgung, der Schule oder ausserefamiliären Kontakten.<sup>84</sup>

Das elterliche Erziehungsrecht ist als «fremdnütziges Pflichtrecht» zu verstehen, das sich an den Interessen des Kindes zu orientieren hat.<sup>85</sup> Vordringliches Gebot ist die Wahrung des Kindeswohls; allerdings legen die Eltern innerhalb des grund-, menschen- und zivilrechtlich umrissenen Rahmens im Einzelfall fest, was im Wohl des Kindes liegt.<sup>86</sup>

78 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, 20. Juli 2009, CRC/C/GC/12, Rz. 29; COTTIER (Fn. 19), S. 945.

79 WYTENBACH (Fn. 58), S. 324.

80 LUNDY LAURA/TOBIN JOHN/PARKES AISLING, in: Tobin John (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, Oxford 2019, S. 414 f.

81 CANTIENI LINUS/VETTERLI ROLF, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, N 1 zu Art. 301 ZGB; WYTENBACH (Fn. 58), S. 262.

82 Zum menschen- und grundrechtlichen Schutz des Erziehungsrechts WYTENBACH (Fn. 58), S. 110 f., 132 ff., 173 ff. und 259 ff., und RAVEANE (Fn. 64), Rz. 26 f., der den Begriff der Elternautonomie verwendet.

83 SCHWENZER INCEBORG/COTTIER MICHELLE, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 2 zu Art. 301 ZGB.

84 WYTENBACH (Fn. 58), S. 263.

85 HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 25.03; WYTENBACH (Fn. 58), S. 263; BGE 146 I 20 E. 5.2.2 S. 27.

86 WYTENBACH (Fn. 58), S. 137 f. und 173 f.

Unbestritten ist jedenfalls, dass den Eltern die Aufgabe zukommt, ihr Kind bei der Entwicklung zu einer selbstständigen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu unterstützen und zu fördern und es auf ein Leben in einer demokratischen Gesellschaft vorzubereiten.<sup>87</sup> Dabei wandelt sich ihre Aufgabe mit fortschreitendem Alter und zunehmender Reife des Kindes hin zu einer beratenden Unterstützungsfunktion, bis die elterliche Sorge schliesslich mit der Volljährigkeit des Kindes erlischt.<sup>88</sup>

Art. 301 Abs. 1 ZGB normiert nicht nur die primäre Entscheidungskompetenz der Eltern, sondern nennt zugleich die Grenzen der elterlichen Autonomie.<sup>89</sup>

- Die erste Schranke stellt das Kindeswohl dar.<sup>90</sup> Die Entscheidung darüber, was im Einzelfall im Wohl des Kindes liegt, kommt freilich den Eltern zu. Ihre Deutungshoheit reicht bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung. Wird diese überschritten, ist der Staat aber verpflichtet, korrigierend einzugreifen und Kindesschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB) anzuordnen.<sup>91</sup>
- Die zweite Schranke stellen die Persönlichkeitsrechte des Kindes (Art. 28 ff. ZGB) dar. Art. 301 Abs. 2 ZGB verpflichtet das Kind zwar zu Gehorsam gegenüber den Eltern, bestimmt aber gleichzeitig, dass die Eltern dem Kind seiner Reife entsprechende Freiheiten in der Lebensgestaltung zu gewähren und «soweit tunlich» auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen haben. Insbesondere in persönlichkeitsnahen Aspekten der Lebensgestaltung sind die Ansichten des Kindes zu berücksichtigen und kommt diesem allenfalls schon früh ein Selbstbestimmungsrecht zu. Im Übrigen gewinnt das kindliche Mitspracherecht mit fortschreitendem Alter und zunehmender Reife des Kindes an Bedeutung.<sup>92</sup> Im Bereich der höchstpersönlichen Rechte kann die elterliche Sorge sogar ganz entfallen, nämlich dann, wenn das Kind in der fraglichen Angelegenheit urteilsfähig ist.<sup>93</sup>

---

87 SCHWENZER/COTTIER (Fn. 83), N 5 zu Art. 301 ZGB m. w. N.; BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 51; zum Recht der Eltern, ihre Weltanschauung zu vermitteln, BAUMGARTNER LARS, Kapitel 10, Homo-, Bisexuelle und Transmenschen in der Schule, in: Ziegler Andreas R./Montini Michel/Copur Eylem Ayse (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, Eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft, Rechtsfragen zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität, 2. Aufl., Basel 2015, S. 517 ff., Rz. 26 ff.

88 CANTIENI/VETTERLI (Fn. 81), N 4 zu Art. 301 ZGB; HEGNAUER (Fn. 85), Rz. 25.03; ausführlich zum gesetzlichen Erziehungsbegriff RAVEANE (Fn. 64), Rz. 39 ff.

89 Vgl. auch RAVEANE (Fn. 64), Rz. 50 ff.

90 Art. 3 UN-KRK; statt vieler CANTIENI/VETTERLI (Fn. 81), N 2 zu Art. 301 ZGB.

91 Zum Ganzen: SCHWENZER/COTTIER (Fn. 83), N 2 zu Art. 301 ZGB; WYTENBACH (Fn. 58), S. 229 und 264 ff.; ferner RAVEANE (Fn. 64), Rz. 61.

92 Zum Ganzen: SCHWENZER/COTTIER (Fn. 83), N 3 zu Art. 301 ZGB; CANTIENI/VETTERLI (Fn. 81), N 4 zu Art. 301; ausführlich zur Schranke der Persönlichkeit auch TROST TANJA, Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes, Diss. Zürich, Bern 2017, S. 24 ff., und RAVEANE (Fn. 64), Rz. 54 ff.

93 Art. 19c Abs. 1 und Art. 305 Abs. 1 ZGB; TROST (Fn. 92), S. 17 f.; CANTIENI/VETTERLI (Fn. 81), N 4 zu Art. 301 ZGB.

- Die dritte Schranke des elterlichen Erziehungsrechts kann sich aus öffentlich-rechtlichen Normen, beispielsweise der Grundschulpflicht gemäss Art. 62 Abs. 2 BV, ergeben.<sup>94</sup>

### 3.3 Rechte und Aufgaben der Schule

Art. 19 i. V. m. Art. 62 Abs. 2 BV gewährleistet allen Kindern und Jugendlichen einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht.<sup>95</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss der Grundschulunterricht «für den Einzelnen angemessen und geeignet sein und genügen, um die Schüler angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten».<sup>96</sup> Zu vermitteln ist für das alltägliche Leben unverzichtbares Wissen,<sup>97</sup> wobei die Lerninhalte den gesellschaftlichen Anforderungen und Entwicklungen anzupassen sind.<sup>98</sup> Es ist Aufgabe der Schule, die Schüler\*innen «auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft im Geist der Verständigung, des Friedens, der Toleranz, der Gleichberechtigung der Geschlechter und der Freundschaft zwischen allen Völkern und ethnischen, nationalen und religiösen Gruppen sowie zu Ureinwohnern vorzubereiten» (Art. 29 Abs. 1 lit d UN-KRK, ähnlich Art. 41 Abs. 1 lit. g BV). Die Schulbildung muss es Kindern folglich ermöglichen, verantwortungsbewusst an einer freien Gesellschaft teilzuhaben.<sup>99</sup> Es sollen Verständnis, Respekt und Raum für eine Gesellschaft geschaffen werden, die Verschiedenheit in allen Formen anerkennt.<sup>100</sup> Dabei geht es nicht darum, die Kinder zu anderen Werten zu bekehren, sondern ihnen die Akzeptanz für Vielfalt und Verschiedenheit zu vermitteln.<sup>101</sup> In der Schule sollten daher auch gesellschaftlich brisante Themen mit Konfliktpotenzial behandelt werden.<sup>102</sup> Bildung muss zudem darauf ausgerichtet sein, die Achtung der Gleichheit der Geschlechter zu fördern.<sup>103</sup> Allerdings darf Geschlecht in diesem Zusammenhang nicht abschliessend binär verstanden werden, sondern es geht darum, die Bildungsziele von Toleranz und Akzeptanz auch auf Menschen mit Attributen auszuwei-

94 WYTENBACH (Fn. 58), S. 264; BGE 146 I 20 E. 5.2.2 S. 27.

95 KÄGI-DIENER REGULA, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, N 8 und 28 zu Art. 19 BV; BGE 146 I 20 E. 4.2 S. 24.

96 BGE 138 I 162 E. 3.1 S. 164; ähnlich auch BGE 146 I 20 E. 4.2 S. 24; zum Begriff des ausreichenden Unterrichts ausführlich KÄGI-DIENER (Fn. 95), N 38 ff. zu Art. 19 BV.

97 BERNET (Fn. 63), S. 36 f.

98 WYTENBACH JUDITH, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, N 11 zu Art. 19 BV; KÄGI-DIENER (Fn. 95), N 39 zu Art. 19 BV.

99 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Annex IX, General Comment No. 1 (2001), Article 29 (1): The aims of education, 17. April 2001, CRC/GC/2001/1, Rz. 12; WYTENBACH (Fn. 98), N 18 zu Art. 19 BV; vgl. Urteil des BGer 2C\_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 3.3 f.

100 LUNDY LAURA/TOBIN JOHN, in: Tobin John (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary, Oxford 2019, S. 1142.

101 LUNDY/TOBIN (Fn. 100), S. 1143.

102 BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 28.

103 Vgl. UN Committee on the Rights of the Child (Fn. 99), Rz. 19.

ten, die nicht explizit von Art. 29 Abs. 1 lit. d UN-KRK genannt werden.<sup>104</sup> Dazu müssen auch Menschen mit einer Geschlechtsidentität gehören, die von der heteronormativen, binären Geschlechterordnung abweicht, zumal bei trans Menschen jede Variante von Geschlecht vorkommen kann.<sup>105</sup> In diesem Sinne ist die Auseinandersetzung mit Transidentität ein wertvoller Beitrag zur Akzeptanz von Verschiedenheit und der Verhinderung von Diskriminierung. Dies muss umso mehr gelten, als der Sexualkundeunterricht nach Ansicht des Bundesrates Bestandteil einer ausreichenden Bildung ist.<sup>106</sup> Da Sexualkundeunterricht «sexuallkundliche Themen auch in einem breiteren lebenskundlichen Kontext in Bezug auf Werte und Normen im Zusammenleben der Menschen allgemein und speziell in Bezug auf das Verhältnis der Geschlechter» behandeln soll und wertneutral zu erfolgen hat,<sup>107</sup> muss Transidentität u. E. Bestandteil davon sein und offen angesprochen werden.

Im schulischen Bereich kann sich schliesslich die Frage stellen, wie mit dem Verdacht auf eine Kindeswohlgefährdung umzugehen ist und wann ein solcher bei der KESB gemeldet werden darf bzw. muss. Gemäss Art. 314c Abs. 1 ZGB ist grundsätzlich jede Person meldeberechtigt, «wenn die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet erscheint». Abs. 2 schränkt das Melderecht allerdings ein für Personen, die dem Berufsgeheimnis unterstehen. Fachpersonen in amtlicher Tätigkeit bzw. Fachpersonen, die beruflich regelmässig Kontakt zu Kindern haben, sind gemäss Art. 314d Abs. 1 ZGB zur Meldung an die KESB verpflichtet, «wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet ist und sie [die Fachperson] der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen» kann.<sup>108</sup>

### 3.4 Zwischenfazit

Es ist grundsätzlich Recht und Aufgabe der Eltern, zu bestimmen, was dem Wohl des Kindes dient (Art. 3 Abs. 2 UN-KRK, Art. 301 Abs. 1 ZGB; siehe oben Kapitel 3.2).<sup>109</sup> Aller-

104 LUNDY/TOBIN (Fn. 100), S. 1144; UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of the Russian Federation, 25. Februar 2014, CRC/C/RUS/CO/4–5, Rz. 59 (e) und 60 (e).

105 Vgl. RECHER (Fn. 7), Rz. 6; GARCIA et al. (Fn. 28), S. 385; zur Bipolarität der Geschlechterordnung BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transsexualität und Recht, Oder: Das falsche Geschlecht, Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, in: FamPra.ch 2002/1, S. 20 ff.

106 Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Schutz vor Sexualisierung in Kindergarten und Primarschule» vom 28. November 2014, BBl 2015 713, S. 715, 728, 730 und 732; nach der Rechtsprechung des EGMR verstösst die Verweigerung des Dispensationsgesuchs nicht gegen die Menschenrechte: Urteil des EGMR Dojan und andere gegen Deutschland (Nr. 319/08) vom 13. September 2011; Urteil des EGMR A.R. und L.R. gegen die Schweiz (Nr. 22338/15) vom 19. Dezember 2017, § 24 ff.

107 Bundesrat (Fn. 106), S. 718.

108 Umfassend zu den Voraussetzungen der Meldepflicht KOKES, Melderechte und Meldepflichten an die KESB nach Art. 314c, 314d, 443 sowie 453 ZGB, Merkblatt vom März 2019, in: ZKE 2019/2, S. 142 ff., insb. S. 148; ferner BÜCHLER (Fn. 73), S. 17 f. m. w. H.

109 SCHWENZER/COTTIER (Fn. 83), N 2 zu Art. 301 ZGB; WYTTENBACH JUDITH, Wer definiert das Kindeswohl?, Das Kindeswohl, der Staat und die Definitionsmacht der Eltern aus grund- und menschen-

dings entscheiden Kinder und Jugendliche mit fortschreitendem Alter und zunehmender Reife vermehrt mit, was ihrem eigenen Wohl entspricht. Dies gilt umso mehr in persönlichkeitsnahen Lebensbereichen.<sup>110</sup> Zu denken ist beispielsweise an die selbstständige Ausübung von Persönlichkeitsrechten (Art. 19c ZGB)<sup>111</sup> oder die Einwilligung in eine medizinische Behandlung<sup>112</sup> (siehe oben Kapitel 2.1, 3.1.2 und 3.2). Sind die Eltern im Einzelfall nicht in der Lage, das Kindeswohl zu wahren, hat der Staat Massnahmen zum Schutz des Kindes zu ergreifen (Art. 307 Abs. 1 ZGB) (siehe oben Kapitel 3.3).<sup>113</sup> Schliesslich wird das elterliche Erziehungsrecht durch den Anspruch des Kindes auf Grundschulunterricht und die damit einhergehende Schulpflicht begrenzt (siehe oben Kapitel 3.2).<sup>114</sup>

## 4 Das trans Kind in der Schule: Chancen und Herausforderungen

Treffen die Rechte, Pflichten und Aufgaben eines trans Kindes oder einer jugendlichen trans Person, der Eltern, von Mitschüler\*innen und der Schule aufeinander, ergeben sich besondere Fragestellungen, auf die in den folgenden Abschnitten eingegangen wird. Nicht Thema dieser Abhandlung ist erstens, mit welchem Vornamen und Pronomen ein trans Kind bzw. eine jugendliche trans Person anzusprechen ist.<sup>115</sup> Nur am Rande eingegangen wird zweitens auf die Behandlung der Transidentität und weiterer Geschlechtsidentitäten im Schulunterricht<sup>116</sup>.

### 4.1 Rechte des trans Kindes gegenüber der Schule

Wenn in einer Klasse ein\*e trans Schüler\*in ist, ist die grundlegendste sich stellende Frage wohl diejenige nach der Nutzung sanitärer Anlagen.<sup>117</sup> Klar erscheint die Rechtslage einzig, wenn das trans Kind bzw. die jugendliche trans Person bereits eine Änderung des Personenstands bewirken konnte: In diesem Fall ist die Schule verpflichtet, das Kind bzw. die jugendliche Person vollumfänglich dem neu eingetragenen Geschlecht entsprechend zu behandeln.<sup>118</sup> Daraus folgt etwa, dass ein trans Junge die Knabentoilette oder ein trans Mädchen die Mädchengarderobe benutzen darf.

Fand noch keine Anpassung des Personenstandes statt, ist die Rechtslage nicht eindeutig.<sup>119</sup> Es spricht indessen einiges dafür, dem trans Kind bzw. der jugendlichen trans

---

rechtlicher Sicht, in: Kaufmann Claudia/Ziegler Franz (Hrsg.), Kindeswohl, Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich/Chur 2003, S. 39 ff., S. 42 f.

110 Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB; WYTTENBACH (Fn. 109), S. 43 f.

111 SCHWENZER/COTTIER (Fn. 83), N 3 zu Art. 301 ZGB.

112 BGE 134 II 235 E. 4.1 S. 237 f.

113 Ausführlich WYTTENBACH (Fn. 109), S. 44 f., vgl. DIES. (Fn. 58), S. 137 f.

114 BGE 146 I 20 E. 5.2.2 S. 27.

115 Dass dem selbst gewählten Namen und Pronomen der Vorzug zu geben ist, ergibt sich unseres Erachtens bereits aus dem Selbstbestimmungsrecht von trans Menschen (siehe auch oben Kapitel 2.2 und 2.3); lesenswert: IMHASLY/LÜTHI/PAULI (Fn. 9), S. 59 f.

116 Dazu etwa RECHER (Fn. 7), Rz. 177; BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 36 f.; oben Kapitel 3.3.

117 Vgl. BÜCHLER (Fn. 73), S. 38 ff. (Fallbeispiel 5 und dazugehörige Ausführungen).

118 Für Deutschland BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 57 f.

119 Für Deutschland BAGER/ELSUNI (Fn. 59), S. 58.

Person auch in diesem Fall die Nutzung von der Geschlechtsidentität entsprechenden Sanitäreanlagen zu ermöglichen. Zuallererst darf die Problematik der unklaren Rechtslage nicht zu Nachteilen für das trans Kind oder die jugendliche trans Person führen. Es gilt insbesondere zu verhindern, dass sich trans Menschen früh dazu gedrängt fühlen, für eine klare Rechtslage zu sorgen und sich rechtlich für ein Geschlecht zu entscheiden. Sie sollen die Möglichkeit und die Zeit haben, ihre Geschlechtsidentität im Alltag zu testen und sich allenfalls in verschiedenen Rollen auszuprobieren.<sup>120</sup> Darüber hinaus wollte die Einführung von Art. 30b ZGB die Selbstbestimmung von trans Menschen stärken, indem der Geschlechtseintrag im Personenstandsregister neu durch eine Erklärung gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten geändert werden kann.<sup>121</sup> Analog dazu könnte die Schule einem trans Kind oder einer jugendlichen trans Person die Benutzung von Sanitäreanlagen alleine aufgrund der erklärten Geschlechtsidentität ermöglichen. In diesem Sinne empfehlen etwa das U.S. Department of Justice und das U.S. Department of Education, trans Kindern und Jugendlichen zu erlauben, diejenigen Sanitäreanlagen zu benutzen, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen.<sup>122</sup> Schliesslich kann die Verpflichtung, die sanitären Anlagen entsprechend dem rechtlichen Geschlecht zu benutzen, einen hohen Leidensdruck verursachen, zumal die permanente Gefahr eines FremdouTINGS besteht, wenn sich das Kind bzw. der oder die Jugendliche dem empfundenen Geschlecht bereits stark angenähert hat.<sup>123</sup> Unbestreitbar ist jedenfalls, dass trans Kinder und trans Jugendliche einen Anspruch darauf haben, sich beim Gang auf die Toilette oder beim Umkleiden vor und nach der Turn- oder Schwimmstunde sicher zu fühlen. Es gilt zu verhindern, dass trans Kinder oder trans Jugendliche aus Angst vor Übergriffen in der Schule nicht auf die Toilette gehen, zumal dies gravierende gesundheitliche Probleme nach sich ziehen kann.<sup>124</sup>

Durchaus vorstellbar ist allerdings, dass etwa im Rahmen des Coming-outs in der Klasse ein\*e Mitschüler\*in vorbringt, er oder sie «fühle sich nicht wohl» bei der Vorstellung, sich vor einem Kind umzuziehen, das biologische Merkmale des anderen Geschlechts aufweist. Es geht mit anderen Worten um die Frage, in welchem Verhältnis die menschen- und grundrechtlich geschützte Transidentität eines Kindes oder einer jugendlichen Person zur ebenfalls grundrechtlich (Art. 10 Abs. 2 BV) und persönlichkeitsrechtlich (Art. 28 ZGB) geschützten physischen und psychischen Integrität der Mit-

---

120 In der Literatur wird über ein Recht des Kindes auf eine offene Zukunft diskutiert, vgl. etwa WYTENBACH (Fn. 58), S. 232 m. w. N.; kritisch MILLS CLAUDIA, *The Child's Right to an Open Future?*, in: *Journal of Social Philosophy* 2003/4, S. 499 ff. Zur «virtuellen Alltagserprobung» s. PREUSS WILHELM F., *Geschlechtsdysphorie, Transidentität und Transsexualität im Kindes- und Jugendalter*, Diagnostik, Psychotherapie und Indikationsstellungen für die hormonelle Behandlung, 2. Aufl., München 2019, S. 29 ff.

121 Siehe oben Kapitel 2.3.2.

122 U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE/U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, *Dear Colleague Letter on Transgender Students*, 13. Mai 2016, S. 3; gl. M. BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 170; ARCHIBALD CATHERINE JEAN, *Transgender Bathroom Rights*, in: *Duke Journal of Gender Law & Policy* 2016/1, S. 1 ff.; vgl. TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TCNS/FONDATION AGNODICE (Fn. 16), S. 20.

123 ARCHIBALD (Fn. 122), S. 16; BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 177.

124 Vgl. BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 177.

schüler\*innen steht.<sup>125</sup> Ohne dies abstrakt abschliessend beurteilen zu können, ist darauf hinzuweisen, dass sich das Handeln und Unterlassen von privaten und öffentlichen Stellen am Kindeswohl aller beteiligten Kinder und Jugendlichen zu orientieren hat.<sup>126</sup> Obwohl durchaus vorstellbar ist, dass sich das Unbehagen der Mitschüler\*innen nach einiger Zeit legt, sind ihre Bedürfnisse, Wünsche und Ängste ernst zu nehmen. Es erscheint daher sinnvoll, die Schulkamerad\*innen nach ihrer Meinung zu fragen, ihnen die Möglichkeit zu geben, selbst Lösungsvorschläge zu erarbeiten und sie in den Entscheidprozess einzubeziehen (vgl. Art. 12 UN-KRK).<sup>127</sup> Generell sollte schliesslich über die Einführung von Unisex-Toiletten und -Garderoben nachgedacht werden.<sup>128</sup>

Eine weitere sich stellende Frage kann der Umgang mit Hänseleien gegenüber dem trans Kind oder Angriffen auf eine\*n trans Jugendliche\*n sein.<sup>129</sup> Bei solchen Vorkommnissen muss die Schule u. E. entschieden einschreiten und gegebenenfalls Disziplinar-massnahmen ergreifen.<sup>130</sup> Alles andere wäre mit den Bildungszielen nicht zu vereinbaren,<sup>131</sup> zumal Art. 29 Abs. 1 lit. d UN-KRK ausdrücklich bestimmt, dass Schulbildung Kinder «auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft im Geist der Verständigung, des Friedens, der Toleranz, der Gleichberechtigung der Geschlechter [...] vorzubereiten» hat. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn ein entsprechendes Schulumfeld geschaffen wird, in dem den Bildungszielen widersprechende Verhaltensweisen konsequent unterbunden werden.<sup>132</sup> Darüber hinaus sollten Geschlechtsidentität und Sexualität jenseits von heteronormativen Vorstellungen im Unterricht sogar behandelt werden, um trans Schüler\*innen in ihrer Entwicklung zu unterstützen und den Mitschüler\*innen aufzuzeigen, dass Geschlecht und Sexualität sich in einem Spektrum bewegen, das sich nicht in wenige Kategorien einteilen lässt.<sup>133</sup>

125 Ausführlich BÜCHLER (Rz. 73), S. 37.

126 SCHMAHL (Fn. 63), N 3 zu Art. 3 UN-KRK.

127 Zu den beteiligten Schüler\*innen ausführlich BÜCHLER (Fn. 73), S. 38.

128 BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 177; kritisch BARTHOLOMAEUS CLARE/RIGGS DAMIEN W., *Transgender People and Education*, New York 2017, S. 89.

129 Vgl. BÜCHLER (Fn. 73), S. 38 ff. (Fallbeispiel 6 und dazugehörige Ausführungen).

130 Zu Disziplinar-massnahmen ausführlich ROHR RAHEL, *Der disziplinarische Schulausschluss, Verwaltungs- und verfassungsrechtliche Betrachtungen*, Diss. Bern 2009, Zürich/St. Gallen 2010, S. 54 ff.; HUBER VALENTIN, «Hey, das dörfed Sie emfall gar nöd!», Was Lehrpersonen müssen, was sie dürfen und was nicht: eine kleine Auswahl, in: 4 bis 8, *Fachzeitschrift für Kindergarten und Unterstufe* 2021/5, S. 18 f.; im Kanton Zürich ausführlich KELLER GERHARD, *Die Wahrung der Schuldisziplin im neuen Volksschulgesetz des Kantons Zürich*, in: Gächter Thomas/Jaag Tobias (Hrsg.), *Das neue Zürcher Volksschulrecht*, Zürich/St. Gallen 2007, S. 131 ff., S. 138 ff. und 143; ferner BÜCHLER (Fn. 73), S. 39 f.

131 Zu den Aufgaben der Schule siehe oben Kapitel 3.3.

132 LUNDY/TOBIN (Fn. 100), S. 1144; für «null Toleranz gegenüber Diskriminierung» sprechen sich auch BRILL/PEPPER (Fn. 11), S. 166 f., aus.

133 Vgl. BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 37; IMHASLY/LÜTHI/PAULI (Fn. 9), S. 60.



## 4.2 Die Rechte der Eltern des trans Kindes/der jugendlichen trans Person gegenüber der Schule

Es wäre wünschenswert, dass Eltern ihre Kinder unabhängig von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität vorbehaltlos unterstützen. Leider sind aber Situationen denkbar, in denen Eltern ihren Kindern verbieten, sich entsprechend ihrer Geschlechtsidentität zu kleiden,<sup>134</sup> oder Kinder aufgrund ihrer Transidentität zu Hause sogar Gewalt oder Demütigungen erfahren.<sup>135</sup> In solchen Situationen stellen sich gleich mehrere Fragen, nämlich erstens, ob die Eltern ihrem Kind verbieten dürfen, sich entsprechend der Geschlechtsidentität zu kleiden, oder ob das Kind seine Geschlechtsidentität selbstbestimmt leben darf. Zweitens ist fraglich, ob die Eltern davon erfahren müssen, dass sich das Kind ihrer Anordnung widersetzt. Drittens ist danach zu fragen, wie die Schule mit dem Wissen, dass ein Kind im Elternhaus Verletzungen der psychischen oder physischen Integrität erfährt, umzugehen hat.

Gemäss Art. 301 Abs. 1 ZGB leiten die Eltern «im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen». Die Bestimmung enthält zwei wesentliche Aussagen: Sie verpflichtet einerseits die Eltern dem Wohl des Kindes und verleiht ihnen andererseits die Kompetenz, den Begriff des Kindeswohls auszufüllen. Die Eltern stellen beispielsweise die sozialen Regeln auf und vermitteln dem Kind ihre religiösen, sittlichen und moralischen Anschauungen.<sup>136</sup> Auch das Verständnis der Geschlechterrollen dürfte Teil der weltanschaulichen Auffassungen der Eltern sein, die sie ihrem Kind im Prinzip vermitteln dürfen. Dazu gehört, besonders bei jüngeren Kindern, grundsätzlich die Wahl geschlechtsspezifischer Kleidung.

Die Definitionshoheit der Eltern über das Kindeswohl wird durch das Mit- und Selbstbestimmungsrecht von Kindern und Jugendlichen begrenzt. Je älter und reifer Kinder und Jugendliche werden und je persönlichkeitsnaher eine Frage ist, desto mehr sind ihre Meinung und ihre Autonomie zu berücksichtigen.<sup>137</sup> Gleichzeitig dürfen Kinder und Jugendliche zumindest persönlichkeitsnahe (Grund-)Rechte selbstständig ausüben, wenn sie urteilsfähig sind (Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 19c ZGB). Die Frage, wann eine trans Person mit der sozialen Transition beginnen möchte, ist zweifellos sehr persönlichkeitsnahe. Die Selbstbestimmung von trans Menschen wird überdies grund- und menschenrechtlich breit abgestützt.<sup>138</sup> Daher kann von einem grossen Autonomiebereich des urteilsfähigen Kindes bzw. des oder der urteilsfähigen Jugendlichen ausgegangen werden. Dafür spricht auch, dass ein urteilsfähiges Kind selbst über die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung entscheiden kann.<sup>139</sup> So benö-

134 BÜCHLER (Fn. 73), S. 20 ff. (Fallbeispiel 1 und dazugehörige Ausführungen).

135 BÜCHLER (Fn. 73), S. 24 ff. (Fallbeispiel 2 und dazugehörige Ausführungen).

136 WYTENBACH (Fn. 109), S. 42 f.; siehe oben Kapitel 3.2.

137 Zum Ganzen: WYTENBACH (Fn. 109), S. 43; siehe oben Kapitel 3.1.2.

138 Siehe oben Kapitel 2.2.

139 MICHEL MARGOT/RUTISHAUSER CHRISTOPH, Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht, in: Büchler Andrea/Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Achte Schweizer Familienrechtstage, 28./29. Januar 2016 in Zürich, Bern 2016, S. 1 ff., S. 12.

tigen urteilsfähige Minderjährige etwa die Zustimmung ihrer Eltern zur Einnahme von Pubertätsblockern<sup>140</sup> nicht.<sup>141</sup> Ein etwas anderer Schluss läge allenfalls mit Blick auf den neu eingeführten Art. 30b Abs. 4 Ziff. 1 ZGB, wonach Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren für die Änderung des Personenstandsregisters die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters benötigen, nahe. Da die Wahl von Kleidern entsprechend der erlebten Geschlechtsidentität keine rechtlichen Wirkungen entfaltet, ist u. E. nicht einzusehen, weshalb ein urteilsfähiges Kind oder ein\*e urteilsfähige\*r Jugendliche\*r die Selbstbestimmungsrechte nicht ausüben dürfen sollte.

Für die Frage, ob die Eltern darüber zu informieren sind, dass sich ein Kind in der Schule entsprechend der empfundenen Geschlechtsidentität verhält, kann wiederum eine Analogie aus dem Medizinrecht herangezogen werden. Medizinische Informationen unterliegen der Privatsphäre.<sup>142</sup> Werden sie ohne die Zustimmung des oder der (minderjährigen) Patient\*in an die Eltern herausgegeben, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Verhält sich ein Kind entsprechend seinem empfundenen Geschlecht, übt es seine Grund- und Persönlichkeitsrechte aus. Informationen im Zusammenhang mit der Transidentität einer Person unterliegen insbesondere dem Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV). Es erscheint daher naheliegend, dass die Eltern über die Grundrechtsausübung nicht informiert werden müssen bzw. ohne die Einwilligung des oder der trans Schüler\*in nicht informiert werden dürfen.

Dieses Ergebnis ist allerdings in zweierlei Hinsicht unbefriedigend. Zum einen stellt sich die Frage, wie die Eltern ihr Erziehungsrecht sinnvoll wahrnehmen können, wenn ihnen notwendige Informationen fehlen.<sup>143</sup> Zum anderen ist zu fragen, ob es nicht im Sinne des Kindeswohls geboten ist, die Eltern zu informieren. Dies muss umso mehr gelten, als bei der Beurteilung dessen, was im Wohl des Kindes bzw. des oder der Jugendlichen liegt, nicht nur die aktuelle Situation zu berücksichtigen ist, sondern auch langfristige Interessen des Kindes bzw. der jugendlichen Person zu beachten sind.<sup>144</sup> Erfährt ein trans Kind oder eine jugendliche trans Person zu Hause nicht die notwendige Unterstützung, mag es kurzfristig einfacher erscheinen, wenn die Eltern nichts von seiner bzw. ihrer Geschlechtsidentität erfahren. Auf längere Sicht bedeutet dies allerdings, dass sich das Kind bzw. die jugendliche Person verstecken muss und gar nicht die Möglichkeit hat, das empfundene Geschlecht im Alltag zu testen. Der Entscheid, wie die Schule den Eltern begegnen will, darf zumindest nicht ohne Berücksichtigung der Meinung des

140 Pubertätsblocker sind Medikamente, welche die Pubertät hinausschieben und so die Ausprägung der geschlechtstypischen körperlichen Merkmale verhindern, TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS (Fn. 9), S. 37 und 74.

141 COTTIER (Fn. 19), S. 946.

142 BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, *Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 108.

143 Art. 272 ZGB enthält eine gegenseitige Informationspflicht (SCHWENZER INGEBOURG/COTTIER MICHELLE, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, N 5 zu Art. 272 ZGB).

144 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29. Mai 2013, CRC/C/GC/14, Rz. 84.

Kindes oder der jugendlichen Person getroffen werden (Art. 12 UN-KRK),<sup>145</sup> sondern das Kind bzw. die jugendliche Person ist nach seinen bzw. ihren Wünschen zu fragen und es ist die im Einzelfall notwendige Unterstützung anzubieten.

Sollte sich die Situation nicht verbessern oder erfährt die Schule davon, dass das Kind zu Hause physische oder psychische Gewalt erlebt, besteht u. U. die Pflicht, Meldung bei der KESB zu erstatten (Art. 314d ZGB). Ohne Bezug zu einem konkreten Sachverhalt kann kaum beurteilt werden, ob eine Meldepflicht besteht. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das Kindeswohl nicht nur gefährdet sein kann, wenn das Kind Gewalt oder Demütigungen erfährt, sondern bereits dann, wenn das familiäre Umfeld die Geschlechtsidentität des trans Kindes oder der bzw. des trans Jugendlichen nicht akzeptiert.<sup>146</sup> Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, etwa auf den Leidensdruck des Kindes bzw. der jugendlichen Person, das weitere familiäre Umfeld oder auch Unterstützungsangebote im ausserfamiliären Bereich. Vor einer Gefährdungsmeldung sind sodann die schulinternen Angebote, beispielsweise des Schulsozialdiensts oder von Vertrauenslehrpersonen, auszuschöpfen, sofern zu erwarten ist, dass diese die Gefährdung abwenden können.<sup>147</sup>

### 4.3 Die Rechte von Mitschüler\*innen und ihren Eltern gegenüber der Schule

Es ist denkbar, dass nach einem Coming-out die Eltern eines oder einer Mitschüler\*in aus Angst «vor einem schlechten Einfluss» die Parallelversetzung ihres eigenen Kindes oder des trans Kindes bzw. der jugendlichen trans Person verlangen.<sup>148</sup>

Gemäss dem Zürcher Volksschulgesetz wird ein\*e Schüler\*in einer anderen Klasse zugeteilt, wenn ihm oder ihr «der weitere Besuch in der angestammten Klasse unzumutbar» ist (§ 26 Abs. 5 VSG). Vorausgesetzt werden ein tief zerrüttetes Vertrauensverhältnis der beteiligten Personen sowie vorhergegangene erfolglose Bemühungen, den Konflikt beizulegen. Mit anderen Worten kann ein Klassenwechsel nicht bereits begehrt werden, wenn erste Schwierigkeiten auftreten.<sup>149</sup> Im Zusammenhang mit dem Coming-out eines trans Kindes oder eines bzw. einer trans Jugendlichen bedeutet dies, dass Mitschüler\*innen bzw. deren Eltern nicht bereits aufgrund der neuen, ungewohnten Situation einen Klassenwechsel anstreben können. Die Tatsache, dass ein\*e Klassenkamerad\*in trans\* ist, kann für sich genommen auch keine unzumutbare Situation begründen.

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Parallelversetzung des trans Kindes begehrt werden kann oder ob eine solche in dessen Rechtsposition eingreifen würde. Zu denken ist insbesondere an einen Eingriff in den grundrechtlich garantierten Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV).

Einschränkungen von Grundrechten sind zulässig, sofern sie die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllen. Allerdings ist das Prüfprogramm von Art. 36 BV auf Freiheits-

145 UN Committee on the Rights of the Child (Fn. 144), Rz. 89 ff.

146 Vgl. WYTENBACH (Fn. 59), S. 146.

147 Ausführlich BÜCHLER (Fn. 73), S. 25 ff.

148 BÜCHLER (Fn. 73), S. 28 ff. (Fallbeispiel 3 und dazugehörige Ausführungen).

149 Zum Ganzen: Regierungsrat des Kantons Zürichs, Antrag und Weisungen zur Vorlage 3858, Änderung von Kantonsverfassung und Volksschulgesetz vom 9. Mai 2001, S. 60.

rechte zugeschnitten.<sup>150</sup> Der Anspruch auf Grundschulunterricht im Sinne von Art. 19 BV stellt demgegenüber ein soziales Grundrecht (auch Sozialrecht) dar.<sup>151</sup> Soziale Grundrechte verschaffen der einzelnen Person unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf eine staatliche Leistung, beispielsweise auf eine grundlegende Schulbildung.<sup>152</sup> Die Beschränkung von sozialen Grundrechten, die lediglich einen Mindeststandard vermitteln, ist grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>153</sup> Gleichwohl sind auch soziale Grundrechte konkretisierungsbedürftig, wobei Konkretisierungen immer auch Einschränkungen mit sich bringen.<sup>154</sup> Die Zulässigkeit solcher «konkretisierende[r] Einschränkungen» bestimmt sich in sinngemässer Anwendung von Art. 36 BV und setzt eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches oder privates Interesse und die Verhältnismässigkeit voraus.<sup>155</sup>

Die gesetzliche Grundlage ist zunächst im Schulgesetz des jeweiligen Kantons zu suchen. Im Kanton Zürich wird gemäss § 26 Abs. 5 VSG eine Schülerin oder ein Schüler einer anderen Klasse zugeteilt, wenn ihr oder ihm «der weitere Besuch in der angestammten Klasse unzumutbar» ist. Der Wortlaut der Bestimmung sieht die Möglichkeit des Klassenwechsels nur für diejenige Schülerin bzw. denjenigen Schüler vor, für die oder den der Besuch der angestammten Klasse unzumutbar ist. Vom Wortlaut nicht erfasst ist dagegen der Wunsch einer Schülerin oder eines Schülers, ein\*e Mitschüler\*in in eine andere Klasse versetzen zu lassen. Es kann auch nicht Sinn und Zweck der Norm sein, Mitschüler\*innen die Möglichkeit zu geben, den Klassenwechsel eines unliebsamen Schulkameraden bzw. einer unliebsamen Schulkameradin zu erzwingen, zumal § 26 Abs. 1 i. V. m. § 44 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 VSG festlegt, dass Schüler\*innen durch die Schulleitung einer Klasse zugeteilt werden. Die Klassenzuteilung liegt somit grundsätzlich nicht im Belieben der Schüler\*innen oder ihrer Eltern.<sup>156</sup>

Verschiedene kantonale Schulgesetze regeln die Parallelversetzung aus disziplinarischen Gründen.<sup>157</sup> Disziplinarische Massnahmen haben Strafcharakter<sup>158</sup> und erfordern zuallererst einen Disziplinarfehler.<sup>159</sup> Vorausgesetzt ist, dass die betreffende Schülerin bzw. der betreffende Schüler eine Vorschrift missachtet hat.<sup>160</sup> Das Coming-out als trans

150 Zum Ganzen: BGE 129 I 12 E. 6.2 S. 19; BGE 129 I 35 E. 8.2 S. 42.

151 BGE 129 I 12 E. 4.1 S. 16; BGE 129 I 35 E. 7.2 S. 38.

152 BGE 129 I 12 E. 4.1 S. 16; BGE 129 I 35 E. 7.2 S. 38; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 27 f.

153 BGE 129 I 35 E. 8.2 S. 42; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 152), S. 482.

154 BGE 129 I 35 E. 8.2 S. 42.

155 BGE 129 I 35 E. 8.2 S. 42 und E. 9 S. 43 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Baselland 810 10 448 vom 12. Januar 2011 E. 4.3 m. w. N.

156 Ausführlich BÜCHLER (Fn. 73), S. 30.

157 Zürich: § 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VSG ZH; Bern: Art. 28 Abs. 3 VSG BE; Aargau: § 38c Abs. 1 lit. d Schulgesetz.

158 Departement Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau, Leitfaden Disziplinar massnahmen vom Januar 2022, Ziff. 3.2.

159 ROHR (Fn. 130), S. 58 f.

160 Volksschulamt des Kantons Zürich, Schulpflicht, Merkblatt Disziplinar massnahmen und Elternpflichten, S. 5.

ist grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützt.<sup>161</sup> Die Ausübung dieser Rechte stellt keinesfalls einen Disziplinarfehler dar.

Der Wunsch nach einem Klassenwechsel eines trans Kindes bzw. einer jugendlichen trans Person könnte mit einem Hinweis auf das Kindeswohl der Mitschüler\*innen (Art. 3 UN-KRK) und ihren Anspruch auf Schutz ihrer Unversehrtheit (Art. 11 Abs. 1 BV) begründet werden. Freilich steht es den Eltern zu, ihre Kinder nach ihrer eigenen weltanschaulichen Gesinnung zu erziehen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Die Schule hat die Entscheidung der Eltern, welche ethischen, moralischen und religiösen Vorstellungen sie ihren Kindern mitgeben möchten, grundsätzlich zu akzeptieren und darf sie nicht bewusst durchkreuzen.<sup>162</sup> Die elterliche Vermittlungsfreiheit gilt indessen nicht uneingeschränkt, zumal die Eltern bei der Weitergabe von Wissen oftmals an ihre Grenzen stossen.<sup>163</sup> Parallel zum elterlichen Erziehungsrecht beansprucht somit der staatliche Bildungsauftrag Geltung.<sup>164</sup> Bildung ist darauf ausgerichtet, Kindern die Grundlagen für die Teilhabe an einer freien Gesellschaft und Werte wie Achtung und Respekt gegenüber Verschiedenheit und Vielfalt sowie Verantwortungsbewusstsein zu vermitteln.<sup>165</sup> Eine möglichst umfassende Verwirklichung der Bildungsziele erfordert deren Umsetzung im Schulalltag.<sup>166</sup> Die Parallelversetzung einer Schülerin oder eines Schülers auf Grundlage ihrer oder seiner Transidentität stünde demgegenüber in einem diametralen Widerspruch zu den Bildungszielen. Stattdessen ist der alltägliche Umgang und Kontakt mit einem trans Kind oder einer jugendlichen trans Person eine Bereicherung und ermöglicht es, Geschlechtervielfalt kennenzulernen.

Umgekehrt hat auch das Wohl des betroffenen trans Kindes oder der betroffenen jugendlichen trans Person in die Überlegungen einzufließen. U. E. dürfte es kaum zu rechtfertigen sein, die Parallelversetzung dem bzw. der betroffenen trans Schüler\*in aufzubürden, ausser er oder sie fühlt sich in der angestammten Klasse nicht wohl. Dies muss umso mehr gelten, als das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK) und der Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) die Schlechterstellung von trans Personen ohne sachlichen Grund verbieten.<sup>167</sup> Vielmehr verpflichtet Art. 19 BV die Kantone, für alle Kinder einen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zum Grundschulunterricht sicherzustellen.<sup>168</sup> Eine Parallelversetzung eines oder einer trans Schüler\*in alleine aufgrund der Geschlechtsidentität und allenfalls noch unter Hinweis auf den Schutz vor einem «schlechten Einfluss» auf die anderen Kinder wäre demgegenüber traumatisierend und stigmatisierend.

---

161 Siehe oben Kapitel 2.2.

162 BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 27; ROHR (Fn. 130), S. 29 ff.; WYTENBACH (Fn. 109), S. 42 f.

163 ROHR (Fn. 130), S. 30; Bundesrat (Fn. 106), S. 732 (betreffend Sexualkundeunterricht).

164 BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 28; ROHR (Fn. 130), S. 30 f.; Bundesrat (Fn. 106), S. 732 (betreffend Sexualkundeunterricht).

165 Art. 29 Abs. 1 lit. d UN-KRK; ähnlich Art. 41 Abs. 1 lit. g BV; § 2 Abs. 4 VSG ZH; Art. 2 Abs. 4 VSG BE; UN Committee on the Rights of the Child (Fn. 99), Rz. 12; WYTENBACH (Fn. 98), N 18 zu Art. 19 BV; LUNDY/TOBIN (Fn. 100), S. 1142 f.; vgl. Urteil des BGer 2C\_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 3; ausführlich oben Kapitel 3.3.

166 UN Committee on the Rights of the Child (Fn. 99), Rz. 19; vgl. LUNDY/TOBIN (Fn. 100), S. 1144.

167 RECHER (Fn. 7), Rz. 20.

168 WYTENBACH (Fn. 98), N 19 zu Art. 19 BV.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine rechtliche Grundlage fehlt, um den Klassenwechsel des eigenen Kindes oder des trans Kindes zu fordern. Es ist daher umso wichtiger, mit den beteiligten Kindern,<sup>169</sup> ihren Eltern und allenfalls Fachpersonen das Gespräch zu suchen, Ängste ernst zu nehmen und auf eine einvernehmliche Lösung hinzuwirken, die allen die notwendige Unterstützung zuteilwerden lässt.<sup>170</sup>

## 5 Fazit

Die Zweigeschlechtlichkeit als biologischer Grundsatz bleibt im alltäglichen Leben tief verankert. Dementsprechend ist der gesellschaftliche Umgang mit trans Menschen nach wie vor geprägt von Ängsten, Unverständnis und Stigmatisierung. Ähnliche Schwierigkeiten treten auch im schulischen Umfeld auf, obwohl die Schule als Ort der Sozialisation von grösster Bedeutung ist. Nicht nur für die gesunde Entwicklung von minderjährigen trans Personen, sondern auch für den generellen Abbau von Vorurteilen, Unbehagen und Unwissen ist es erforderlich, dass das Thema trans in der Schule nicht nur behandelt wird,<sup>171</sup> sondern auch im Schulalltag mit trans Schüler\*innen ein guter Umgang gefunden wird.

Der vorliegende Beitrag versteht sich als Aufruf zu einem offenen Miteinander, Toleranz und Akzeptanz. Er wird von der Erkenntnis getragen, dass verschiedene Positionen schützenswert sind und es daher erstrebenswert erscheint, diese eher durch Gespräche und Kompromisse denn durch rechtliche Verfahren miteinander in Einklang zu bringen.

---

169 Vgl. Art. 12 UN-KRK.

170 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND TGNS/FONDATION AGNODICE (Fn. 16), S. 21.

171 Dazu BAUMGARTNER (Fn. 87), Rz. 37; RECHER (Fn. 7), Rz. 177.

# Eine feministische Kritik am juristischen Studium in der Schweiz

---

Benjamin Stückelberger/Meret Lüdi/Sandrine Nüssli

*Die juristische Ausbildung ist in vielerlei Hinsicht verbesserungswürdig. Der Beitrag untersucht aus feministischer Sicht die Problemfelder der juristischen Ausbildung, insbesondere wie diese zur Herrschaftssicherung beiträgt, und schlägt Umgestaltungsmöglichkeiten vor.*

## 1 Einleitung

An den meisten schweizerischen Universitäten wird das juristische Studium aufgeteilt in die traditionellen Fächer «Öffentliches Recht», «Privatrecht» und «Strafrecht» gelehrt, dazu kommen gewisse Grundlagenfächer.<sup>1</sup> In diesen Fächern wird der rechtliche Stoff durch Erläuterung der Normen und anschliessende Einübung derselben in fiktiven Falllösungen behandelt.<sup>2</sup>

Mögliche Änderungen der juristischen Ausbildung werden in der Schweiz immer wieder vorgebracht: Klassischerweise dreht sich die Debatte dabei darum, dass Studierende zu wenig Verwertbares lernen und die Erwartungen der praktischen Ausbildung nicht erfüllen würden.<sup>3</sup> Allenthalben äussern Autor\*innen weitere Bedürfnisse, etwa in Bezug auf die Digitalisierung<sup>4</sup> oder bezüglich spezifischer Fähigkeiten, wie etwa von

---

1 ZIEGLER ANDREAS R., Ich werde Jurist, Was bedeutet das heute in der Schweiz eigentlich?, in: recht 2020/3, S. 196 ff., S. 198.

2 Vgl. SCHÜTTE WOLFGANG, Die Einübung des juristischen Denkens, Juristenausbildung als Sozialisationsprozess, Frankfurt am Main/New York 1982, S. 97.

3 HUGENTOBLER MANUELA, Disziplinierung und Dissidenz an der Rechtsfakultät, in: Demokratische Jurist\_innen Schweiz (Hrsg.), 40 Jahre Demokratische Jurist\_innen Schweiz (DJS): unbequem, kritisch, engagiert, S. 59 ff., 59 f.; vgl. auch SCHINDLER, BENJAMIN, Recht studieren an der HSG: Ein anderer Weg zum Anwaltsberuf, in: Anwaltsrevue 2019/3, S. 107 ff., S. 109.

4 HUBER LUKAS, digitalisierung@justitia, in: Graf Fabienne/Haux Dario Henri/Picecchi Dario/Ritter Jan Hendrik/Spirig Eliane (Hrsg.), Aufbruch, Potenzial, Verantwortung, Zürich 2021, S. 51 ff.; DANNER CAROLINE, LegalTech, in: Graf Fabienne/Haux Dario Henri/Picecchi Dario/Ritter Jan Hendrik/Spirig Eliane (Hrsg.), Aufbruch, Potenzial, Verantwortung, Zürich 2021, S. 73 ff.

Statistikkenntnissen.<sup>5</sup> Einige Fakultäten haben zudem auch kleinere Veränderungen vorgenommen: So bietet etwa die Universität Luzern eine Verbundveranstaltung an, in welcher Privat-, Straf- und Öffentliches Recht gemeinsam behandelt und geprüft und damit auch in ihren Querbezügen vermittelt werden.<sup>6</sup> Die Universität Bern hat eine «Law Clinic» zur Arbeit mit realen Fällen eingeführt<sup>7</sup> und die HSG bietet Studiengänge an, in welchen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften gemeinsam gelehrt und auch in einigen spezifischen Konnexen behandelt werden.<sup>8</sup> Insgesamt werden jedoch kaum grundlegende Veränderungen vorgeschlagen<sup>9</sup> oder umgesetzt und insbesondere aus feministischer Sicht liegen wenige Ideen vor.<sup>10</sup>

Dem möchte dieser Aufsatz Abhilfe schaffen. Dazu stützt er sich insbesondere auf die Perspektive der Legal Gender Studies, welche Recht als Herrschaftsmittel begreift und darauf basierend aufgezeigt hat, dass die Werte und Einstellungen von Jurist\*innen sowie deren Erfahrungen und gesellschaftliche Position entscheidungsrelevant sind.<sup>11</sup> Dieser Beitrag soll daher darlegen, wie die juristische Ausbildung zur Herrschaftssicherung beiträgt und wie diese reformiert werden könnte.

Zuerst wird hierzu kurz die Forschung zur scheinbaren Objektivität der Rechtsanwendung erörtert. Basierend darauf wird ausgeführt, dass die Herrschaftssicherung

- 
- 5 ALTWICKER TILMANN, Von Rechtsnormen zu Rechtsdaten (und zurück) – Warum Jusstudierende heute Statistikgrundkenntnisse brauchen, in: *recht* 2018/1, S. 62 ff.
- 6 EICKER ANDREAS/BOSSHART STEFAN, Rechtswissenschaft an der Universität Luzern: Juristische Bildung mit Praxisorientierung, in: *Anwaltsrevue* 2019/3, S. 113 ff., 116 f.
- 7 SCHNEIDER LARS/KELLER DAVID, Human Rights Law Clinic Bern, in: Graf Fabienne/Haux Dario Henri/Picocchi Dario/Ritter Jan Hendrik/Spirig Eliane (Hrsg.), *Aufbruch, Potenzial, Verantwortung*, Zürich 2021, S. 119 ff.
- 8 SCHINDLER (Fn. 3), S. 108; für weitere Änderungen der traditionellen Ausbildung, siehe ZIEGLER (Fn. 1), S. 196 ff.
- 9 Vgl. jedoch für einen Ansatz BUITEN MIRIAM C., Ein interdisziplinäres Jurastudium für das digitale Zeitalter, in: Graf Fabienne/Haux Dario Henri/Picocchi Dario/Ritter Jan Hendrik/Spirig Eliane (Hrsg.), *Aufbruch, Potenzial, Verantwortung*, Zürich 2021, S. 21 ff., 30 ff.; in *Ansätzen zudem SENN MARCEL*, Rechtswissenschaft und Juristenausbildung, Fünf kritische Beiträge zu Grundlagenfragen der Wissenschaft des Rechts nach Einführung der Bologna-Reform, Zürich/St. Gallen 2013, S. 92.
- 10 Für die Schweiz siehe HUGENBLOER MANUELA, Rechtswissenschaftliche Fakultäten in Bewegung, Wo Geschlechterverhältnisse stabilisiert, hinterfragt, bestreikt und transformiert werden, in: Michelle Cottier/Sandra Hotz/Nils Kapferer (Hrsg.), *Tagungsband zur Konferenz für Gender Law 2019*, erscheint 2022; HUGENBLOER (Fn. 3). Anders in Deutschland, siehe nur: BERGER CHRISTIAN/SIMLINGER FLORENTINA, Zwischen Subjektivierung, Selbstzurichtung und Dissidenz, Feministische Überlegungen zur juristischen Ausbildung, in: *Forum Recht* 2015/4, S. 123 ff.; LEMBKE ULRIKE, Zwischen Herrschaft und Emanzipation: Legal Gender Studies als Rechtskritik, in: Hof Hagen/von Olenhusen Peter Götz (Hrsg.), *Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen: Neue Akzente für die Juristenausbildung*, Baden-Baden 2012, S. 242 ff.; VALENTINER DANA-SOPHIA, Genderkompetenz im rechtswissenschaftlichen Studium, Bericht zur Schlüsselqualifikation «Genderkompetenz» an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, in: *Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft* 2016/2, S. 152 ff. Die Universität Basel verfügt zudem über ein Wahlmodul «Gender Law» und die Universität Genf bietet eine Veranstaltung zum Thema «Droit, genre et sexualités» an.
- 11 BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Legal Gender Studies, Zürich/St. Gallen 2012, S. 13 ff.; BÜCHLER ANDREA, Legal Gender Studies, Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung, in: *Jusletter* 5. Januar 2004, Rz. 9; LEMBKE (Fn. 10); HUGENBLOER (Fn. 3), S. 61.



durch das Recht nur durch eine Auswahl der Rechtsstudierenden und eine spezifische Sozialisation derer in der juristischen Ausbildung gewährleistet werden kann. Da dies in einer Weise geschieht, welche Ungleichheiten fördert, werden anschliessend Änderungsvorschläge für das juristische Curriculum präsentiert und es wird auf zu erwartende Widerstände gegen diese eingegangen.

## 2 Die scheinbare Objektivität der Rechtsanwendung

Ein zentraler Teil des Selbstverständnisses eines überwältigenden Teils der Rechtswissenschaftler\*innen ist die Annahme, dass das Recht sowie die Rechtsanwendung objektiv seien.<sup>12</sup> Die Forschung der Legal Gender Studies hat jedoch aufgezeigt, dass es sich bei Rechtsanwendung immer um einen subjektiven und wertenden Vorgang handelt. Die Vorstellung einer objektiven Rechtsanwendung wird deshalb auch als unmöglich beschrieben,<sup>13</sup> denn bei der Anwendung des Rechts spielen subjektive Vorverständnisse stets eine tragende Rolle.<sup>14</sup> Wie die feministische Erkenntnistheorie zeigt (worunter man generell Theorien versteht, die aufzuzeigen versuchen, inwiefern die soziale Realität von Personen erkannt werden kann), ist dies auch nicht durch jahrelange Schulung überwindbar; vielmehr sind politische und ideologische Vorstellungen inhärenter Teil jeder Entscheidung.<sup>15</sup>

Rechtsbegriffe oder -figuren, wie etwa die «guten Sitten» in Art. 19 Abs. 2 OR für die Beurteilung der Gültigkeit eines Vertrages oder der «Empfängerhorizont» bei der Auslegung von Willenserklärungen, zeigen die Bedeutung der rechtsanwendenden Person besonders gut auf.<sup>16</sup> So ist beim Empfänger\*innenhorizont derjenige Sinn «*massgebend (...), welchen der Empfänger der Erklärung unter Würdigung der Umstände als vernünftig und redlich urteilende Person nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beilegen konnte und musste*».<sup>17</sup> Und ein Vertrag ist dann «*sittenwidrig (...), wenn er gegen soziale (moralisch-ethische) Werte verstösst, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung der Vertragsfreiheit (...) überzuordnen sind*».<sup>18</sup> Eine «vernünftig urteilende Person» kann jedoch nicht empirisch festgestellt werden; vielmehr handelt es sich dabei um ein durch die Rechtsanwendung normativ konstruiertes Bild.<sup>19</sup> Zur Konstruktion dessen helfen die vom Bundes-

12 KOCHER EVA, Objektivität und gesellschaftliche Positionalität, in: Kritische Justiz 2021/3, S. 268 ff.; BAER SUSANNE, Objektiv – neutral – gerecht?, Feministische Rechtswissenschaft am Beispiel sexueller Diskriminierung im Erwerbsleben, in: KritV 1994/2, S. 154 ff., S. 157 f.; RÖHNER CARA, Ungleichheit und Verfassung, Weilerswist 2019, S. 15 ff.; BODE FLORIAN, Die Objektivitätskritik der Legal Gender Studies, in: Bucerius Law Journal 2021/1, S. 39 ff.

13 GRÜNBERGER MICHAEL et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Ein Essay, Baden-Baden 2021, S. 59.

14 KOCHER (Fn. 12), S. 268 ff.; BODE (Fn. 12), S. 45.

15 KOCHER (Fn. 12), S. 276 ff.; BODE (Fn. 12), S. 39 ff.

16 GRÜNBERGER et al. (Fn. 13), S. 59.

17 HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 193.

18 HUGUENIN (Fn. 17), Rz. 410.

19 KOCHER (Fn. 12), S. 271 f.

gericht propagierten Techniken wie der «pragmatische Methodenpluralismus» nicht.<sup>20</sup> Rechtsanwender\*innen gebrauchen deswegen oftmals Begriffe wie das «Rechtsgefühl», die «Vernunft» oder den «gesunden Menschenverstand», um ihre Entscheidungen zu begründen.<sup>21</sup> Diese Begriffe ermöglichen jedoch keine weitergehenden Konkretisierungen, sondern dienen lediglich der Verschleierung der Tatsache, dass die Einschätzung der Rechtsanwender\*in von ihren Lebenserfahrungen und ihrer gesellschaftlichen Position abhängt, welche ihre normative Grundhaltung mitprägen.<sup>22</sup>

Die Lebenserfahrungen und gesellschaftlichen Positionen von Jurist\*innen sind jedoch nicht zufällig auf dem Spektrum sämtlich möglicher Weltanschauungen verteilt; wie die Legal Gender Studies aufgezeigt haben, sind diese vielmehr «traditionell männlich».<sup>23</sup> Illustriert werden kann dies anhand der Auslegung des Diskriminierungsverbots in Art. 8 Abs. 2 BV. Dieses wird etwa vom Bundesgericht als symmetrisches und nicht als asymmetrisches Verbot ausgelegt. Das heisst, dass sich alle Personen auf das Diskriminierungsverbot berufen können und nicht nur die gesellschaftlich und hierarchisch diskriminierten Personen.<sup>24</sup> Dahinter steht die Vorstellung, «es ginge bei Sexismus mal um die Frauen, mal um Männer, bei Rassismus mal um Schwarze, mal um Weisse usw.»<sup>25</sup> Dies blendet jedoch aus, dass strukturell Frauen von Lohndiskriminierung und sexualisierter Gewalt betroffen sind und rassifizierte Menschen aufgrund von rassistischen Zuschreibungen keine Wohnung finden oder unverhältnismässig oft durch die Polizei kontrolliert werden. Die Auslegung als symmetrisches Verbot blendet daher den Kern von Diskriminierung, die strukturelle Benachteiligung, aus. Das Bundesgericht würdigt des Weiteren die Mehrdimensionalität von Diskriminierung rechtlich nicht.<sup>26</sup> Konzepte der Intersektionalität zeigen jedoch auf, dass Diskriminierung nicht isoliert auf einen einzigen «Grund» bezogen passiert, sondern die verschiedenen Kategorisierungen (wie Geschlecht, sexuelle Orientierung, Herkunft, Alter etc.) zusammenhängen und ineinandergreifen. So erleben Women of Colour andere Diskriminierungen als Weisse Frauen oder Men of Colour.<sup>27</sup> Ebenso werden Menschen, die Sozialhilfe beziehen, nicht vom Diskriminierungsverbot geschützt, obwohl von Armut betroffene Personen gesellschaftlich stigmatisiert sind. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass die Sozialhilfeabhängigkeit keinen «wesentlichen Bestandteil der Identität und [k]ein eigentliches Merkmal der

20 AMSTUTZ MARC, Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, in: ZSR 2007/2, S. 233 ff.

21 Siehe für weitere Ausführungen KOCHER (Fn. 12), S. 272 ff.

22 KOCHER (Fn. 12), S. 268 ff.

23 BODE (Fn. 12), S. 43. Und es darf wohl angemerkt werden: Wohl auch traditionell Weiss und heterosexuell.

24 Zur Problematik von Gruppismus und Kategorienbildung siehe BAER SUSANNE, Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, 2010, S. 83 f.

25 BAER SUSANNE, Chancen und Grenzen positiver Massnahmen nach § 5 AGG, Vortrag zum 6. Geburtstag des ADNB 2009, S. 4.

26 Siehe Urteil des Bundesgerichts 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019.

27 Siehe zu Intersektionalität CRENSHAW KIMBERLÉ, Das Zusammenwirken von Race und Gender ins Zentrum rücken: Eine Schwarze feministische Kritik des Antidiskriminierungsdogmas, der feministischen Theorie und antirassistischen Politiken (1989), in: Natasha A. Kelly (Hrsg.), Schwarzer Feminismus, Grundlagentexte, Münster 2019, S. 143 ff.

*Persönlichkeit der betroffenen Personen*» darstelle.<sup>28</sup> Durch den privilegierten Blick des Bundesgerichts, eben der «traditionell männliche», werden solche Zusammenhänge jedoch ignoriert.

### 3 Kritik an der juristischen Ausbildung

Nun lässt sich fragen, aus welchen Gründen die Weltanschauungen der Jurist\*innen «traditionell männlich» sind. Ein Grund dafür liegt in der juristischen Ausbildung, welche diese normativen Grundhaltungen in zweierlei Hinsicht steuert: einerseits durch den Zugang zum Studium, andererseits durch die Sozialisierung in eine gemeinsame Haltung.<sup>29</sup>

#### 3.1 Zugang zum Studium

Noch bevor angehende Jurist\*innen die heiligen Hallen der juristischen Fakultät betreten und «juristisch sozialisiert» werden, sind sie geprägt durch ihre soziale Herkunft und eingebunden in entsprechende Machtverhältnisse. Eine Studie des Bundesamts für Statistik aus dem Jahr 2016 zeigt, dass Kinder aus bildungsaffinen Familien eher ein Hochschulstudium antreten. So stammen 43 Prozent der Studierenden in der Schweiz aus Familien, in denen ein oder beide Elternteile bereits über einen Hochschulabschluss verfügen.<sup>30</sup> Bei Jusstudierenden ist diese akademische Reproduktionsquote mit 51 Prozent besonders hoch.<sup>31</sup> Zudem fällt auf, dass die Wahl weitaus häufiger auf das juristische Studium fällt, wenn sich im engeren Familienumfeld bereits erfolgreiche Jurist\*innen befinden.<sup>32</sup> Da die in den Bildungsinstitutionen geltenden Normen auf die Erfahrungswelt des Bildungsbürgertums zugeschnitten sind, werden jene Studierenden privilegiert, welche bereits in einem bildungsbürgerlichen Umfeld aufgewachsen sind.<sup>33</sup> Der durch das Umfeld vermittelte Zugang zum Fach hat einen wesentlichen Einfluss auf den Erfolg im juristischen Studium.<sup>34</sup> Von Angehörigen anderer Herkunftsgruppen,

28 BGE 135 I 49 E. 5 S. 57.

29 SCHÄFER HANS-BERND, V. Sozialwissenschaft im Studium des Hamburger Modells, in: Pressestelle der Universität Hamburg (Hrsg.), *Das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung in der Bewährung*, Hamburg 1981, S. 46 ff., 49. Hierbei soll keineswegs impliziert werden, dass die Auswahl und Haltung verschwörungstheoretisch erfolgt; vielmehr sind wohl eine habitualisierte Fortführung des Bestehenden, fehlende Selbst- und Disziplinreflexion sowie die im Kapitel 5 erwähnten Punkte massgebend.

30 Bundesamt für Statistik, *Studien- und Lebensbedingungen an den Schweizer Hochschulen*, Hauptbericht der Erhebung 2016 zur sozialen und wirtschaftlichen Lage der Studierenden, Neuchâtel 2017, S. 18.

31 Bundesamt für Statistik (Fn. 30), S. 19.

32 BÖNING ANJA, *Jura studieren*, Eine explorative Untersuchung an Pierre Bourdieu, Weinheim/Basel 2017, S. 118.

33 BÖNING ANJA, *Gleiches Recht für alle?*, Juristische Profession und soziale Herkunft, in: Pilniok Arne/Brockmann Judith (Hrsg.), *Die juristische Profession und das Jurastudium*, Baden-Baden 2017, S. 80.

34 GRÜNBERGER et al., (Fn. 13), S. 30.

denen diese sozialen Kontexte fremd sind, werden grössere Anpassungsleistungen verlangt.<sup>35</sup> Dies bestätigen die Zahlen des Bundesamts für Statistik: Gerade einmal 29 Prozent der Schweizer Jusstudierenden verfügen über einen Migrationshintergrund, wobei 14 Prozent zur zweiten Migrationsgeneration und lediglich 7 Prozent zur ersten Migrationsgeneration mit Schweizer Hochschulzulassungsausweis zählen.<sup>36</sup> Dies ist nicht etwa auf eine geringere Studienbereitschaft, sondern auf die in den vorangegangenen Bildungsstufen stattfindenden Selektionsprozesse zurückzuführen.<sup>37</sup> Bezogen auf das Geschlecht zeichnet sich auf den ersten Blick ein anderes Bild ab. Knapp 60 Prozent der Jusstudierenden in der Schweiz sind weiblich.<sup>38</sup> Angesichts dieser Tatsache mag es jedoch überraschen, dass lediglich rund 30 Prozent der Rechtsprofessuren in der Schweiz von Frauen besetzt sind.<sup>39</sup> Die Perspektive auf die juristische Ausbildung ist demnach wie vor eine vorwiegend männliche.

### 3.2 Juristische Sozialisation

Um eine gemeinsame Haltung der angehenden Jurist\*innen sicherzustellen, ist des Weiteren die Ausbildung eines Fachhabitus zentral.<sup>40</sup> Darunter versteht man *«das Repertoire verinnerlichter Routinen, kognitiver Schemata und mentaler Dispositionen, die durch das Lernen in einer sozialen Praxis erworben werden und ein konsistentes Handeln der Akteure ermöglichen.»*<sup>41</sup> Der Fachhabitus beschreibt also, wie Jurist\*innen die Welt wahrnehmen, rekonstruieren und sich in ihr verhalten; aber auch, wie von anderen Jurist\*innen erwartet wird, dass sie sich verhalten.<sup>42</sup> Individuelles Verhalten von Jurist\*innen stellt somit nicht nur eine eigene Entscheidung dar, sondern muss im Kontext von angelernten «Denk-, Wahrnehmungs- und Deutungsmustern» verstanden werden.<sup>43</sup>

---

35 BÖNING (Fn. 33), S. 80.

36 Bundesamt für Statistik (Fn. 30), S. 25.

37 BADER DINA/FIBBI ROSITA, Kinder mit Migrationshintergrund: Ein grosses Potential, Studie im Auftrag der Kommission Bildung und Migration der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektion (EDK), Neuchâtel 2012, S. 24; vgl. ferner zu Deutschland GRÜNBERGER et al. (Fn. 13), S. 28 ff.

38 Bundesamt für Statistik (Fn. 30), S. 14.

39 DUBACH PHILIPP/LEGLER VICTOR/MORGER MARIO/STUTZ HEIDI, Frauen und Männer an Schweizer Hochschulen: Indikatoren zur Chancengleichheit in Studium und wissenschaftlicher Laufbahn, Bern 2017, S. 81.

40 BÖNING ANJA, Rechtswissenschaft, juristische Ausbildung und soziologische Praxistheorie, Eine Theorieübung mit Bourdieu, in: Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft 2014/3, S. 195 ff., 198 f.; BERGER/SIMLINGER (Fn. 10), S. 124; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 20.

41 BÖNING (Fn. 32), S. 43.

42 MAIWALD KAI-OLAF, Warum ist die Herstellung von Recht professionalisierungsbedürftig?, Überlegungen zum Habitus von JuristInnen, in: Pilniok Arne/Brockmann Judith (Hrsg.), Die juristische Profession und das Jurastudium, Baden-Baden 2017, S. 11 ff., 33 f.; BÖNING (Fn. 32), S. 52; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 49.

43 BOURDIEU PIERRE/PASSERON JEAN-CLAUDE, Die Illusion der Chancengleichheit, Stuttgart 1971, S. 49; BERGER/SIMLINGER (Fn. 10), S. 123; HUGENTOBLE (Fn. 3), S. 61; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 45.

Die Ausprägung dieses Fachhabitus gelingt, da die rechtswissenschaftliche Ausbildung nicht nur eine reine Stoffvermittlung beinhaltet, sondern auch eine gewisse Sichtweise auf die Welt einprägt.<sup>44</sup> Diese ist mannigfaltig:

### 3.2.1 Technisches und selbstbezogenes Rechtsbild

Der zu vermittelnde Stoff wird normalerweise mittels zweier Techniken an die Studierenden weitergegeben: Einerseits werden in Lehrbüchern und Vorlesungen mögliche Interpretationen des Gesetzestexts vermittelt, technische Begrifflichkeiten zugänglich gemacht und die behandelten Gesetze systematisiert.<sup>45</sup> Andererseits wird dieses Wissen anschliessend an (konstruierten) Fällen angewandt, in welchen zumeist die Rolle des Gerichts simuliert werden muss, um aus diesem Blickwinkel die erwähnten Sachverhalte zu «lösen».<sup>46</sup>

Bei diesen Fällen fällt auf: Meist verlangen sie eine reine Anwendung von Rechtsnormen, ohne Einbezug rechtsexterner Faktoren.<sup>47</sup> Hierzu nehmen sie aus relativ komplexen sozialen Interaktionen einige Aspekte heraus, welche unter einer bestimmten rechtlichen Beurteilung als relevant erscheinen.<sup>48</sup> Diese müssen sich jedoch keinesfalls mit den Faktoren decken, welche in der Realität für von einem solchen Konflikt Betroffene wichtig sind. Gründe für diese Selektion oder weshalb sich diese so gestaltet, werden jedoch kaum diskutiert.<sup>49</sup>

Somit wird das Bild eines kontextlosen Rechts vermittelt, welches auf dogmatische Konstrukte reduziert ist und damit als rein technisches Problemfeld erscheint, in welchem *die* richtige Lösung gefunden werden kann. Letzteres erzeugt ein Selbstverständnis objektiver Rechtsanwendung,<sup>50</sup> was jedoch, wie unter Kapitel 2 diskutiert, eine Illusion darstellt. Verbunden damit werden subjektive Vorstellungen, Diskriminierungen oder Privilegien nicht thematisiert.

Die Reduktion auf ein technisches Problem genügt zumindest nicht, denn die Realität entzieht sich oftmals den dogmatischen Vorstellungen des Rechts.<sup>51</sup> Um es mit (dem Liedermacher und Juristen) Mani Matter zu sagen: «*d wält isch so perfid, dass si sech sälten*

44 MAIWALD (Fn. 42), S. 36 f.; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 15.

45 SCHÜTTE (Fn. 2), S. 97 f.

46 SCHÜTTE (Fn. 2), S. 97.

47 SCHÜTTE (Fn. 2), S. 114, S. 150 f.

48 BOURDIEU PIERRE, La force du droit, *Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la Recherche en Sciences Sociales 1986, S. 12 f.; BERGER/SIMLINGER (Fn. 10), S. 123; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 59, S. 110.

49 HUGENTOBLER (Fn. 3), S. 61; BÖNING ANJA, Wolfgang Schüttes «Einübung des juristischen Denkens» in der Re-Lektüre, Ein kritischer Blick auf die juristische Ausbildung nach 30 Jahren, in: Brockmann Judith/Pilniok Arne (Hrsg.), *Studieneingangsphase in der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2014, S. 260 ff., S. 268; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 111.

50 VALENTINER DANA-SOPHIA, Recht kritisch hinterfragen lernen: am Beispiel von Gender Trainings im Jurastudium, in: *Zeitschrift des deutschen Juristinnenbundes 2016/2*, S. 85 ff., S. 85; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 52, S. 59; CHEBOUT LUCY/GATHER SELMA/VALENTIER DANA-SOPHIA, Sexismus in der juristischen Ausbildung, Ein #Aufschrei dreier Nachwuchsjuristinnen, in: *Zeitschrift des deutschen Juristinnenbundes 2016/4*, S. 190 ff., S. 192.

51 Vgl. SCHÜTTE (Fn. 2), S. 59, S. 154.

*oder nie / nach bilder, wo mir vore gmacht hei, richtet.»<sup>52</sup> Diese Technisierung von Konflikten führt dabei zu einer Einschränkung des Denkbaren, einer Entfremdung von den Lebensrealitäten, zu einer Überidentifikation mit der juristischen Berufsrolle sowie einem Abbau von Empathie und emotionaler Ansprechbarkeit.<sup>53</sup> Zudem werden keine Fähigkeiten vermittelt, um rechtsexterne Faktoren dennoch verarbeiten zu können. Bereits 1974 (!) schrieb HELMUT SCHELSKY dazu:*

«Das Wirklichkeitsbewußtsein des Juristen ist ohne systematische Realitätsinformierung der Aufgabe, das Recht auf die soziale Wirklichkeit anzuwenden, nicht mehr gewachsen [...]. Die Welt, auf die das moderne Recht in seiner Anwendung zielt, ist nicht mehr durch Gymnasialbildung und Jurastudium zu erfassen.»<sup>54</sup>

Zum Umgang mit Konflikten und der Anwendung des Rechts generell ist die Verarbeitung solcher rechtsexternen Faktoren jedoch zwingend notwendig.<sup>55</sup> Da im Studium jedoch nicht gelernt wird, wie dies professionell geschehen kann, ist lediglich eine laienhafte Verarbeitung möglich, was gewöhnlich (mangels Reflexion) unter Reproduktion bestehender Herrschaftsverhältnisse geschieht.<sup>56</sup>

### 3.2.2 Konservatives Weltbild

Das Weltbild, welches im juristischen Studium vermittelt wird, entspricht im besten Fall dem gesellschaftlichen Status quo und stützt dadurch bestehende Herrschaftsverhältnisse.<sup>57</sup> Eher ist jedoch anzunehmen, dass eine konservative Sicht auf die Gesellschaft vermittelt wird. Dies lässt sich anhand der verwendeten Lehrmaterialien anschaulich aufzeigen.<sup>58</sup>

Folgender Ausschnitt stammt beispielsweise aus einem an der Universität Bern verwendeten Fall:

«Chantal Danielle geht mit ihrer fünfjährigen Tochter Jacqueline Cheyenne auf den Spielplatz. Dort setzt sich Chantal Danielle auf eine Parkbank und checkt auf ihrem

52 MATTER MANI, *chue am waldrand* in: Vatter Ben (Hrsg.), *Mani Matter Liederbuch*, S. 149. Schriftdeutsch: Doch die Welt ist so perfid, dass sie sich selten oder nie, nach Bildern, die wir uns von ihr gemacht haben, richtet.

53 BOURDIEU PIERRE, *Der Staatsadel*, Konstanz 2004, S. 116; BÖNING (Fn. 49), S. 268; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 215 f.

54 SCHELSKY HELMUT, *Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen*, in: *Juristenzeitung* 1974, S. 410 ff., S. 411.

55 BELCKMANN FRANK/RAUPACH TOBIAS, *Same Same But Different, Praxisbezüge in der Ausbildung von Juristinnen und MedizinerInnen*, in: Pilniok Arne/Brockmann Judith (Hrsg.), *Die juristische Profession und das Jurastudium*, Baden-Baden 2017, S. 107 ff., S. 119.

56 HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, *Sozialwissenschaften in der Juristenausbildung*, in: Giehring Heinz/Haag Fritz/Hoffmann-Riem Wolfgang/Ott Claus (Hrsg.), *Juristenausbildung – erneut überdacht*, Baden-Baden 1990, S. 75 ff., S. 79; vgl. auch SCHÜTTE (Fn. 2), S. 16.

57 BOURDIEU (Fn. 48), S. 6, S. 16 f.; vgl. auch HUGENTOBLE (Fn. 3), S. 61.

58 BÖNING ANJA/SCHULZ ULRIKE, *Juristische Sozialisation*, in: Boulanger Christian/Rosenstock Julika/Singelstein Tobias (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, Wiesbaden 2019, S. 193 ff., S. 200; BÖNING (Fn. 32), S. 76.

Smartphone die Profile ihrer bevorzugten Influencerinnen. Jacqueline Cheyenne streitet sich derweil mit Dustin Liam, weil dieser sie nicht mit seinem Bagger spielen lassen will. Chantal Danielle blickt kurz auf und schreit: «Jacqueline, nerv nicht!». Dies zeigt jedoch keine Wirkung, denn Jacqueline Cheyenne will den kleinen Dustin Liam nun in den Arm beißen. Angelina Caprice, die Mutter von Dustin Liam stapft zu Chantal Danielle hinüber, schlägt ihr das Smartphone aus der Hand und schreit sie an, sie solle auf ihre Göre aufpassen.»<sup>59</sup>

Hierbei werden Personen mit Namen, welche stereotyp mit niedrigen sozioökonomischen Schichten assoziiert werden, präsentiert. Deren Konfliktlösungsstrategie wird als einzig aus Gewalt bestehend dargestellt und deren Erziehungsfähigkeiten als minderwertig charakterisiert, gleichzeitig wird die Kinderbetreuung jedoch lediglich von Frauen übernommen. In den verwendeten Übungsfällen kann des Weiteren generell eine starke Untervertretung von Frauen, Transmenschen, intersexuellen Personen und nichtbinären Menschen festgestellt werden, zudem werden Männer öfter in Machtpositionen und als aktiv handelnde Akteure dargestellt.<sup>60</sup>

Es wäre illusorisch anzunehmen, dass solches Lehrmaterial nicht eine unterbewusste Prägung in den Köpfen der Studierenden vornimmt und so Personen auch in der Realität anhand dieser Stereotype bewertet werden.

### 3.2.3 Elitäres Selbstverständnis

Als traditionell nahe der politischen Macht stehende Disziplin besetzen Jurist\*innen nach der Ausbildung oftmals Machtpositionen in der Gesellschaft.<sup>61</sup> Gleichzeitig prägt das Studium jedoch ein elitäres Selbstverständnis ein: dies einerseits durch die Vermittlung eines Spezialwissens – der Kenntnis des Umgangs mit Rechtstexten –, welches für die Steuerung der Gesellschaft zentral ist; andererseits aber auch durch den hohen Lernaufwand zur Bewältigung des beträchtlichen Stoffumfanges und durch kurze Fristen – etwa nur wenige Wochen zum Bearbeiten umfangreicher Fälle in einer Hausarbeit. Denn dadurch werden juristische Studienabgänger\*innen – insbesondere bei Absolvieren der Anwalt\*innenprüfung – als besonders leistungsbereit wahrgenommen. Gleichzeitig wird aber auch ein eigenes Verständnis als Elite und ein Überlegenheitsbewusstsein geprägt.<sup>62</sup>

Damit einher geht überhaupt das Denken in «Eliten» und «Nicht-Eliten» sowie die grundsätzlich positive Bewertung dieses Phänomens.<sup>63</sup> Zudem führt dieses Selbstver-

59 Ausschnitt eines an der Universität Bern im FS 2020 für Studierende des 2. Semesters im Strafrecht verwendeten Falls.

60 KRITISCHE JURIST\*INNEN BERN, Diskriminierungsfreie Lehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Bern 2020, S. 12.

61 BÖNING/SCHULZ (Fn. 58), S. 195; BÖNING (Fn. 32), S. 76 f.; STÜCKELBERGER BENI, Die allgemeine Lebenserfahrung weisser Cis-Männer, in: bärner studizytig vom 12. März 2020.

62 BÖNING/SCHULZ (Fn. 58), S. 195; BERGER/SIMLINGER (Fn. 10), S. 125.

63 RUHWEDEL KATHARINA, Elitär statt egalitär, Juristische Ausbildung, in: Forum Recht 2019/1, S. 27 ff., S. 30.

ständnis aber auch erneut zu einer Überhöhung der Rechtsdogmatik und der Abwertung fachfremder Einflüsse, da diese als rangniedriger wahrgenommen werden.<sup>64</sup>

#### 4 Umgestaltungsvorschläge

Die Selektion der Studierenden sowie die Ausprägung des Habitus in der dargestellten Weise sind selbstverständlich aus herrschaftskritischer Sicht kritisierbar, da sie zur Reproduktion bestehender Machtmechanismen beitragen. Daher möchten wir nun Vorschläge präsentieren, um die juristische Ausbildung anders zu gestalten. Dabei erachten wir es als zentral, die Überhöhung der Dogmatik aufzuweichen und damit gleichzeitig Reflexionen über das Recht selbst und die eigene Rolle in dessen Anwendung zu ermöglichen, da dies u. E. den stärksten Einfluss auf die problematisierten Aspekte des Habitus hat.<sup>65</sup>

Voraussetzung dafür ist die Vermittlung eines Wissens über die juristische Profession, um über deren Selbstverständnis, die erfolgte Sozialisierung und den erlernten Habitus sowie über die Grenzen des eigenen Fachwissens nachdenken zu können.<sup>66</sup> Dazu gehört etwa auch die Sichtbarmachung der immensen gesellschaftspolitischen Werthaltungen, die sich oftmals hinter juristischen Argumentationen verbergen.<sup>67</sup> Ebenfalls relevant ist der stärkere Einbezug der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung. Denn diese vermitteln die Fähigkeit, rechtsexterne Faktoren in einer professionelleren Weise verarbeiten zu können. So können die empirischen und normativen Prämissen der Rechtsnormen erkannt, verschiedene Ebenen der Rechtsanwendung analysiert, Kenntnisse über die für eine Norm relevante Realität erlangt sowie der eigene Rollenbezug und die Grenzen der Steuerung durch das Recht reflektiert werden.<sup>68</sup>

Dieser Einbezug kann in unterschiedlichen Intensitäten geschehen: So kann lediglich eine Sensibilisierung für die soziale Realität der Normen stattfinden (1); die Jusstudierenden können dazu befähigt werden, bei der Rechtsanwendung einen Bedarf für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zu identifizieren und den Beizug von Fachpersonen zu veranlassen (2); zusätzlich kann eine eigenständige Einordnung des sozialwissenschaftlichen Wissens ermöglicht (3) oder gar zu eigenen sozialwissenschaftlichen Forschungen befähigt werden (4).<sup>69</sup> Das Erreichen der Stufe 4 erscheint uns weder sinnvoll noch möglich; u. E. ist je nach Thematik die Kompetenzvermittlung auf den Stufen 1–3 wünschenswert.

Dazu möchten wir nun gerne zwei (erprobte) Möglichkeiten der Curriculumsumgestaltung als Vorschläge präsentieren.

64 RUHWEDEL (Fn. 63), S. 30.

65 Vgl. HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 79; BÖNING (Fn. 49), S. 271; RUHWEDEL (Fn. 63), S. 30.

66 BÖNING (Fn. 49), S. 272.

67 SCHÄFER (Fn. 29), S. 49; siehe oben Kapitel 2.

68 HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 80, S. 98; SONNEN BERND-RÜDEGER, VI. Didaktische Zielsetzungen und Arbeitsformen, in: Pressestelle der Universität Hamburg (Hrsg.), Das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung in der Bewährung, Hamburg 1981, S. 55 ff., S. 55.

69 HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 99.



#### 4.1 Verpflichtendes Fach im Curriculum

Um ohne grosse Veränderungen der etablierten juristischen Ausbildungsstruktur Änderungen verwirklichen zu können, würden wir es begrüßen, eine verpflichtende Lehrveranstaltung zu Legal Gender Studies im Curriculum einzuführen. Diese Verpflichtung erachten wir als relevant, um nicht einfach den ohnehin Interessierten den Besuch eines solchen Faches zu ermöglichen, sondern dessen Bedeutung für die juristische Ausbildung insgesamt hervorzuheben.<sup>70</sup>

Eine solche Lehrveranstaltung ermöglicht es einerseits, die Rechtswissenschaft aus einer Aussenperspektive zu betrachten – etwa aus gesellschafts- oder kulturwissenschaftlicher Sicht<sup>71</sup> – und so Reflexionsräume zu ermöglichen. Andererseits erlaubt sie das Zusammendenken verschiedener Rechtsgebiete und der Rechtsanwendung sowie den Einbezug fachfremden Wissens. Damit schafft ein solches Fach die Gelegenheiten, über das Recht als Ganzes nachzudenken.<sup>72</sup>

Wie sich ein solches Fach im universitären Alltag gestalten könnte, zeigt DANA VALENTINER in der von ihr angebotenen Lehrveranstaltung «Genderkompetenz» auf: Darin arbeitet sie mit Studierenden in Kleingruppen und vermittelt die theoretischen Grundlagen der Legal Gender Studies, behandelt Geschlechterrollenstereotype und geschlechtergerechte Sprache, thematisiert Privilegien und Machtstrukturen, den Minderheitenschutz in der Mehrheitsgesellschaft und liest mit den Studierenden Urteile aus einer sozialwissenschaftlichen Perspektive.<sup>73</sup> Zwei Elemente sind besonders interessant: einerseits der Einbezug von Übungen der klassischen Erwachsenen- und Jugendpädagogik, wie etwa des «Privilegientests», bei welchem Teilnehmende durch einen Perspektivwechsel die Rolle einer strukturell diskriminierten Person einnehmen müssen, um so Privilegien und Diskriminierung sichtbar zu machen. Damit können Diskussionen darüber eingeleitet werden, wie diese Faktoren die juristische Arbeit beeinflussen.<sup>74</sup> Andererseits integriert VALENTINER eine Übung zum kritischen Lesen von Urteilen in ihren Unterricht. In dieser werden Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Frage gelesen, wie dieses Ehe- und Familienbilder konstruiert.<sup>75</sup> Diese Analysen erlauben im Vergleich, die Veränderung und den Einfluss gesellschaftlicher Mehrheitsauffassungen sowie kulturelle Prägungen von Gerichtspersonen erkennen und reflektieren zu lernen.<sup>76</sup> Zudem kann dadurch die Relevanz der Sachverhaltskonstruktion verdeutlicht und reflektiert werden, woher das erforderliche Wissen dafür stammt.<sup>77</sup>

70 Vgl. CHEBOUT/GATHER/VALENTINER (Fn. 50), S. 192 f.

71 Vgl. LEMBKE (Fn. 10), S. 244 f.

72 LEMBKE (Fn. 10), S. 246.

73 VALENTINER (Fn. 10), S. 154 f.

74 VALENTINER (Fn. 50), S. 87; VALENTINER (Fn. 10), S. 157 f.; siehe auch LEMBKE (Fn. 10), S. 247.

75 VALENTINER (Fn. 10), S. 158; VALENTINER (Fn. 50), S. 87.

76 VALENTINER (Fn. 10), S. 158 f.; VALENTINER (Fn. 50), S. 87.

77 LEMBKE (Fn. 10), S. 247.

## 4.2 Neugestaltung des Studiums nach dem Hamburger Modell

Eine grössere Änderung für die Strukturierung des Studiums würde eine in den 1970er- und 1980er-Jahren in Hamburg erprobte Curriculumsgestaltung darstellen.<sup>78</sup> Diese fasste das universitäre Studium und die anschliessende praktische Ausbildung zusammen und strukturierte sie neu.

Dabei erfolgten bereits im vierten Semester erste praktische Erfahrungen, welche jedoch begleitend an der Universität reflektiert wurden.<sup>79</sup> Das Hamburger Modell sah zudem eine Aufteilung der Vermittlung des juristischen Stoffes nach Bereichen vor, welche die Probleme und Ideen einer Gesellschaft besser abbildeten als die traditionelle Strukturierung nach Rechtsgebieten. Diese Gliederung sah namentlich eine Aufteilung nach den Themen «Arbeit und Wirtschaft», «Staat und Verwaltung», «Familie und Infrastruktur» sowie «Abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle» vor.<sup>80</sup> Darin wurde der Stoff dann rechtsgebietsübergreifend sowie in Verbindung mit dessen sozialwissenschaftlichen Bezügen vermittelt. Letztere wurden jedoch nicht nur additiv hinzugefügt, sondern es wurde versucht, diese spezifisch mit den Rechtswissenschaften zu verknüpfen, sodass gewisse Lehrveranstaltungen auch von einer Juristin und einem Sozialwissenschaftler zusammen gelehrt wurden.<sup>81</sup>

## 4.3 Vor- und Nachteile der erörterten Modelle

Unseres Erachtens macht es wenig Sinn, eines dieser Modelle per se zu favorisieren, sollen sie doch lediglich Denkanstösse liefern, wie juristische Curricula anders gestaltet werden könnten. Dabei haben beide Modelle Vor- und Nachteile.

Das Hamburger Modell wäre beispielsweise deutlich aufwendiger umzusetzen. Nebst umfangreichen Umgestaltungen des Curriculums müssten Gesetzesänderungen vorgenommen, Dozierende spezifisch auf diese Tätigkeit vorbereitet, praktische Ausbildungen neu konzipiert und bis anhin nicht existierende Lehrmaterialien für alle Fächer produziert werden, um auch darin die Verknüpfung mit den Sozialwissenschaften widerzuspiegeln.<sup>82</sup>

Hingegen erlaubt dieses Modell mit dem integrativen Einbezug der Sozialwissenschaften über den gesamten Lernstoff hinweg eine stärkere Vertiefung und die Vermitt-

78 Dies wurde aufgrund einer Experimentierklausel auf deutscher Bundesebene ermöglicht, musste jedoch nach deren Aufhebung durch die CDU/FDP-Bundesregierung wieder rückgängig gemacht werden (VAN DE LOO JANWILLEN/STEHMEIER MARINUS, Wieso, weshalb, warum – bleibt Jura dumm?, Perspektiven eines Leitbildes, in: Kritische Justiz 2013/4, S. 383 ff., S. 385.

79 PRESSESTELLE DER UNIVERSITÄT HAMBURG, Das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung in der Bewährung, Hamburg 1981, S. 76 ff.

80 STRUCK GERHARD, III. Teilbereichstruktur des Fachbereichs, in: Pressestelle der Universität Hamburg (Hrsg.), Das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung in der Bewährung, Hamburg 1981, S. 38 ff., S. 38.

81 SCHÄFER (Fn. 29), S. 53.; REICH NORBERT, I. Einige Reformziele des Hamburger Modells in der gegenwärtigen Diskussion um die Vereinheitlichung der Juristenausbildung, in: Pressestelle der Universität Hamburg (Hrsg.), Das Hamburger Modell der einstufigen Juristenausbildung in der Bewährung, Hamburg 1981, S. 22 ff., S. 26 ff.

82 Siehe zum Letzten HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 83 f.

lung empirischen Wissens in verschiedenen Bereichen. Damit fände nicht nur eine Sensibilisierung für die Existenz ausserrechtlicher Faktoren an sich statt (Stufe 1, siehe Kapitel 4.1), sondern diese könnten auch über die gesamte Stoffbreite vertieft und anderweitig einbezogen werden (Stufe 2 oder 3).

Dieses Modell ermöglicht zudem das Angehen der Gefahr, dass bei Auftrennung von universitärer und praktischer Ausbildung (einerlei, ob diese in einem Advokaturpraktikum oder einer frühen Tätigkeit als Jurist\*in geschieht) in der ersten Phase zwar eine Reflexionsfähigkeit geschaffen, diese jedoch in der praktischen Sozialisation als Jurist\*in wieder verlernt oder verdrängt wird;<sup>83</sup> dies, da sie nicht sinnvoll eingesetzt werden kann, weil aufgrund der bisherigen dogmatischen Ausbildung Personen, die in der juristischen Praxis tätig sind, diese nicht akzeptieren.

## 5 Zu erwartende Widerstände

Wird die Überhöhung der Dogmatik in der juristischen Ausbildung abgebaut und werden Reflexionsfähigkeiten gestärkt, hat dies zweifelsohne einen Einfluss auf die Methodik und das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft insgesamt<sup>84</sup> – das ist freilich auch das Ziel.<sup>85</sup> Es sollte sich aber keine Illusionen darüber gemacht werden, dass eine solche Umordnung der juristischen Ausbildung nicht auf Widerstand in der etablierten Rechtswissenschaft (und auch bei gewissen Studierenden) stossen könnte. Denn die Dogmatikfixierung gewährleistet der Juristerei, wie unter Kapitel 3.2.3 besprochen, einen Elitestatus nahe der staatlichen Macht.<sup>86</sup> Die Unzulänglichkeiten des Status quo der Rechtswissenschaften werden dafür gerne in Kauf genommen. So gibt etwa KLEY ganz offen zu:

«Die ‹methodische Schwäche› [der Rechtswissenschaft] ist bedingt durch ihre politische Stärke, denn die Rechtswissenschaft hat eine wichtige Aufgabe im Rahmen der Legitimation der rechtsstaatlichen Machtausübung. Das hat zur Folge, dass die Relevanz und die Fundierung der Rechtswissenschaft [...] nicht eigens zu begründen sind. Eine weitergehende Begründung [...] wäre für die Rechtsanwendung schädlich, denn sie demonstrierte, dass es sich gar nicht um Deduktion handelt und dass die Interpreten auch anders entscheiden könnten.»<sup>87</sup>

Eine in der Vergangenheit gegen solche Vorschläge vorgebrachte Kritik lautete, dass mit deren Umsetzung die Gesetzesbindung in der Rechtsanwendung aufgehoben würde. Es

---

83 HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 84, S. 100; SCHÜTTE (Fn. 2), S. 82; vgl. für die Relevanz der praktischen Ausbildung: MAIWALD (Fn. 42), S.37f.

84 Vgl. VAN DE LOO/STEHMEIER (Fn.78), S.383f.

85 Vgl. RINKEN ALFRED, Die frühen Bremer Jahre: Die einstufige Juristenausbildung in Bremen, in: Hart Dieter/Münthefering Franz/Steinmeier Frank-Walter (Hrsg.), Wissenschaft, Verwaltung und Politik als Beruf, Baden-Baden 2015, S. 256 ff., S. 267.

86 RUHWEDEL (Fn. 63), S. 29 f.; BÖNING (Fn. 33), S. 59 ff., 81; BÖNING (Fn. 49), S. 271.

87 KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 449.

sei zu befürchten, dass die so ausgebildeten Jurist\*innen rechtswissenschaftliche Probleme nicht mehr juristisch, sondern sozialwissenschaftlich lösen.<sup>88</sup> U. E. trifft hingegen das Gegenteil zu: Natürlich muss weiterhin nach dem juristischen Subsumtionsmodell gearbeitet werden. Doch durch die Ermöglichung der Reflexion der eigenen Vorurteile und die Schaffung von Transparenz über diese sowie die Überprüfbarkeit der empirischen Grundlagen juristischer Entscheide wird die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Rechtssetzung und -anwendung nicht aufgelöst, sondern vielmehr geschärft.<sup>89</sup>

## 6 Fazit

Mit diesem Aufsatz haben wir aus feministischer Sicht eine Problemanalyse des juristischen Studiums und mögliche Reformansätze präsentiert. Vor allem möchten wir ihn aber als Appell und Anstoss für eine breitere Debatte über die rechtswissenschaftliche Ausbildung verstehen, welche über Partikularinteressen und kurzfristige Anpassungen hinausgeht. Dabei möchten wir sowohl zu weiteren Beiträgen über notwendige Reformen anregen, welche versuchen Lösungen zu finden, um auch in der Ausbildung dem Anspruch der Legal Gender Studies gerecht zu werden, Herrschaftsmittel im Recht sichtbar zu machen und zu entlarven.<sup>90</sup> Jedoch möchten wir auch zu radikaleren Überlegungen ermuntern. Diese könnten etwa die Analyse von AUDREY LORDE als Ausgangspunkt nehmen, dass *«the master's tools will never dismantle the master's house»*<sup>91</sup> – übertragen auf die Rechtswissenschaften also, dass das Recht immer den bestehenden Herrschaftsverhältnissen dienen wird.

---

88 HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 78 f.; SCHÄFER (Fn. 29), S. 48 f., 51 f.

89 SCHÄFER (Fn. 29), S. 50 f.; HOFFMANN-RIEM (Fn. 56), S. 78 f.

90 LEMBKE (Fn. 10), S. 244.

91 LORDE AUDRE, *Sister Outsider: Essays and Speeches*, London 2019, S. 113.

# Die sogenannte «intersektionelle» Diskriminierung

## Der Umgang Schweizer Gerichte mit dem Konzept der Intersektionalität am Beispiel des Einbürgerungsrechts

---

Manuela Hugentobler/Barbara von Rütte

*Der Beitrag setzt sich mit dem 2018 bzw. 2019 vor dem Berner Verwaltungsgericht und dem Bundesgericht verhandelten Fall einer Verweigerung der ordentlichen Einbürgerung einer alleinerziehenden, sozialhilfeabhängigen Mutter eines behinderten Kindes auseinander. Anhand der Urteile wird die Umsetzung des Konzepts der Intersektionalität in der Schweizer Gerichtspraxis analysiert und kritisiert, dass die Nichtanerkennung intersektionaler Diskriminierung durch die Gerichte im Widerspruch zu völkerrechtlichen Standards steht und gesellschaftliche Ausschlüsse reproduziert.*

### 1 Einleitung

Die Erkenntnis, dass vielfältige Ungleichheitsverhältnisse Recht und Gesellschaft strukturieren, ist nicht nur in den Empfehlungen der UN-Menschenrechtsgremien, sondern auch in der neusten Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts angekommen.<sup>1</sup> Sie hat sich, wenn auch nicht etabliert, so doch eingeschrieben in juristische Diskurse; so, dass sie jedenfalls für eine Rechtswissenschaft, die ihre eigene gesellschaftliche Bedingtheit ernst nimmt, «unhintergebar»<sup>2</sup> geworden ist. Diese Einschreibung geht auf eine kontinuierliche Entwicklung emanzipatorischer Initiativen entlang der Schnittstelle zwischen engagierter Wissenschaft und Aktivismus zurück,

---

1 Vgl. dazu etwa die «Triage-Entscheidung» des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht davon ausgeht, dass sich ein grundrechtlicher Schutzauftrag u. a. aufgrund von «struktureller Ungleichheit» zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten kann: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021, 1 BvR 1541/20, Rz. 97 und CEDAW, General Recommendation on No. 35 on gender-based violence against women, updating General Recommendation No. 19, 2017, CEDAW/C/GC/35, para. 12.

2 BUCKEL SONJA, Dirty Capitalism, in: Martin Dirk/Martin Susanne/Wissel Jens (Hrsg.), Perspektiven und Konstellationen kritischer Theorie, Münster 2015, S. 29 ff., S. 30. BUCKEL bezieht sich hier auf eine kritische Wissenschaft und argumentiert aus einer umfassenden Perspektive, die kapitalistische Vergesellschaftung als komplexe Konstellation verschiedener Unterdrückungsdimensionen versteht.

die sich etwa im Bereich der Legal Gender Studies, der Critical Legal Studies oder der Disability Legal Studies – immer in Anlehnung an und in Auseinandersetzung mit der Critical Race Theory – gebildet haben. Nicht zu vernachlässigen sind dabei auch Rechtskämpfe, die gesellschaftliche Auseinandersetzungen ins Recht übersetzt haben.<sup>3</sup> Das Antidiskriminierungsrecht kann als ein Versuch verstanden werden, diese Erkenntnis in die Rechtsdogmatik umzusetzen. Unabhängig von der Frage, ob ein solcher Versuch gelingen kann, lohnt er sich nur dann, wenn die Intervention durch das Antidiskriminierungsrecht die Ungleichheitsverhältnisse überhaupt adäquat zu erfassen vermag. Dafür ist eine intersektionale Perspektive nötig:

«Weil wirklich alle Herrschaftsverhältnisse in den Blick zu nehmen sind, wenn es darum geht [...], «alle Verhältnisse umzuwerfen, in denen der Mensch ein erniedrigtes, ein geknechtetes, ein verlassenes, ein verächtliches Wesen ist».<sup>4</sup>

Eine solche intersektionale Perspektive wurde nun in einem 2019 vom Bundesgericht entschiedenen Fall zum ersten Mal explizit vorgebracht.<sup>5</sup> Der Fall betraf eine alleinerziehende ausländische Mutter eines Kindes mit einer Behinderung, die wegen des Bezugs von Sozialhilfe von ihrer Wohngemeinde nicht eingebürgert worden war. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hatte in erster Instanz die Nichteinbürgerung gutgeheissen.<sup>6</sup> In ihrer Beschwerde gegen die Nichteinbürgerung an das Berner Verwaltungsgericht und schliesslich an das Bundesgericht hatte die Frau unter anderem geltend gemacht, dass das Zusammenwirken der verschiedenen stigmatisierungs- und ausgrenzungsanfälligen Kategorien «alleinerziehend», «Betreuungsverhältnis zu einem Sohn mit Behinderung», «Frausein», «Herkunft» und «Working Poor» zu einer intersektionalen Diskriminierung führte. Beide Gerichte lehnten die Beschwerde der betroffenen Frau ab. Eine Diskriminierungsproblematik sahen die fünf Richter des Bundesgerichts<sup>7</sup> nicht; auch eine – wie sie es formulierten – «sogenannte (intersektionelle) Diskriminierung»<sup>8</sup> aufgrund der Stellung als alleinerziehende Frau liege nicht vor.

Der vorliegende Beitrag setzt sich anhand der beiden Urteile des Berner Verwaltungsgerichts und des Bundesgerichts kritisch mit dem Umgang Schweizer Gerichte mit der Theorie der Intersektionalität auseinander. Er zeigt auf, dass das Bundesgericht intersektionale Diskriminierung als relevante Form der Diskriminierung bisher weitgehend ignoriert. Die Autorinnen argumentieren, dass diese Leerstelle in der Rechtsdogmatik in Widerspruch zum völkerrechtlichen Antidiskriminierungsrecht

3 PICHL MAX, Rechtskämpfe: eine Analyse der Rechtsverfahren nach dem Sommer der Migration, Frankfurt am Main/New York 2021, S. 20 f.

4 MARX KARL, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie; MEW 1: 385, zit. nach BUCKEL, Dirty Capitalism (Fn. 2), S. 30.

5 Urteil des BGER 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019. Vgl. zur bisherigen Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit intersektionaler und Mehrfachdiskriminierung unten Kapitel 5.

6 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. April 2018 (100.2016.59U).

7 Das Richterergremium war mit fünf Männern besetzt. Der Gerichtsschreiber war ebenfalls männlich.

8 Urteil des BGER 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 7.1. Im Folgenden wird die in der wissenschaftlichen Diskussion vorherrschende Terminologie der «intersektionalen» Diskriminierung verwendet, soweit nicht das Bundesgericht zitiert wird, welches von «intersektioneller» Diskriminierung spricht. Die beiden Begriffe sind synonym zu verstehen.

steht und im Ergebnis bereits marginalisierte Personen weiter von effektiver gesellschaftlicher Teilhabe ausschliesst. Ohne Anerkennung der – auf völkerrechtlicher Ebene längst etablierten – intersektionalen Diskriminierungsformen wird es dem Schweizer Rechtssystem nicht gelingen, wirklich alle Unterdrückungsmechanismen, Ungleichheiten und geltenden Herrschaftsverhältnisse in den Blick zu nehmen.

Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit den fraglichen Urteilen (Kapitel 2) diskutiert der Beitrag das Konzept der Intersektionalität (Kapitel 3 und 4) sowie seine fehlende Rezeption in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (Kapitel 5). Schliesslich wird aufgezeigt, wie beim Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit im Einbürgerungsrecht Ausschlussmerkmale paradigmatisch zusammenspielen und die Verweigerung der Einbürgerung so zu einem Instrument der demokratischen Exklusion wird (Kapitel 6). Der Beitrag schliesst mit einigen Überlegungen zum Perspektivenwechsel, den ein intersektionaler Blickwinkel im vorliegenden Fall mit sich bringen würde (Kapitel 7).

## 2 Hintergrund: die Verweigerung der Einbürgerung

Anlass für die Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit dem Konzept der Intersektionalität bildete ein Entscheid über die Verweigerung der ordentlichen Einbürgerung im Kanton Bern. Der Fall betraf eine slowakische Staatsangehörige, die im Urteilszeitpunkt mehr als zwanzig Jahre in der Schweiz gelebt hatte. Sie ist Mutter eines 2010 geborenen Sohnes, der seit der Geburt chronisch krank war und intensive Betreuung benötigte. Um ihren Sohn angemessen betreuen und pflegen zu können, hatte die Frau zwischenzeitlich ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben und war gezwungen, Leistungen der Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen. Bis dahin war sie immer erwerbstätig und finanziell unabhängig gewesen.<sup>9</sup> 2012 stellte die Frau in ihrer Wohngemeinde ein Gesuch um ordentliche Einbürgerung. Die Gemeinde lehnte das Gesuch mit der Begründung ab, dass die Frau Sozialhilfe bezogen habe und weiterhin beziehe, ohne dass sie bisherige Leistungen zurückerstattet hätte.<sup>10</sup> Dies stehe im Widerspruch zu den kantonalen Einbürgerungsvoraussetzungen.<sup>11</sup>

Die Frau erhob Beschwerde gegen die Verweigerung der Einbürgerung. Sie machte geltend, dass die Verweigerung der Einbürgerung wegen Sozialhilfebezug sie in verschiedener Hinsicht diskriminiere: als Sozialhilfeempfängerin aufgrund ihrer sozialen

9 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. April 2018 (100.2016.59U) E. 4.

10 Urteil des BGer 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 Sachverhaltserwägung A.

11 Der 2013 in einer kantonalen Volksabstimmung angenommene Art. 7 Abs. 3 lit. b der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (nachfolgend KV-BE; SR 131.212, BSG 101.1) besagt, dass eine Person auf kantonaler Ebene nicht eingebürgert werden kann, wenn sie Leistungen der Sozialhilfe bezieht oder bezogene Leistungen nicht vollumfänglich zurückbezahlt hat. Art. 12 Abs. 1 lit. c des kantonalen Gesetzes über das Kantons- und Gemeindebürgerrecht vom 13. Juni 2017 (nachfolgend KBüG; BSG 121.1) konkretisiert, dass während einer Frist von zehn Jahren vor der Gesuchseinreichung und während des Einbürgerungsverfahrens keine Leistungen der Sozialhilfe bezogen werden dürfen bzw. diese vollständig rückerstattet sein müssen.

Stellung; als Mutter eines Kindes mit einer Behinderung; als Frau aufgrund ihres Geschlechts und schliesslich aufgrund des Zusammenwirkens der verschiedenen Kategorien, d. h. als alleinerziehende Frau ausländischer Herkunft, die zur Gruppe der Working Poor gehört und Betreuungspflichten gegenüber einem Kind mit einer Behinderung hat. Unter Bezugnahme auf den konzeptuellen Rahmen der Intersektionalität legte sie in der Beschwerdeschrift ausführlich dar, wie die einzelnen Kriterien nicht nur für sich genommen diskriminierend wirken, sondern sich gegenseitig verstärken und so selbst dort zu einer diskriminierungsrechtlich relevanten Ausgrenzung führen, wo sie dies im Einzelnen nicht tun.<sup>12</sup> Die Gerichte folgten dieser Argumentation nicht. Die Beschwerde wurde sowohl vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern wie auch vom Bundesgericht abgewiesen.

## 2.1 Das Urteil des Berner Verwaltungsgerichts

Das Berner Verwaltungsgericht befasste sich zunächst mit dem Begriff der Mehrfachdiskriminierung. Eine solche umfasse das Zusammenwirken mehrerer verpönter Merkmale.<sup>13</sup> Die intersektionale Diskriminierung, so das Gericht, sei eine Unterform der Mehrfachdiskriminierung und bezeichne

«den Fall, dass mehrere Merkmale, die für sich allein nicht zwingend diskriminierend wirken müssen, ineinandergreifen und interagieren. Die Diskriminierung wird erst durch die Ungleichbehandlung aufgrund der Überlappung begründet, indem eine einzigartige Konstellation ausgelöst wird».<sup>14</sup>

Im Anschluss an diese allgemeine Einordnung prüfte das Gericht die einzelnen Diskriminierungsrügen im Detail. Eine Diskriminierung wegen der sozialen Stellung aufgrund des Sozialhilfebezugs liege nicht vor. Sozialhilfe beziehende Personen könnten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als geschützte Gruppe gelten, da die Faktoren und Gegebenheiten, die zur Inanspruchnahme von Sozialhilfe führten, sehr unterschiedlich seien und der Bezug von Leistungen nicht einen wesentlichen Bestandteil der Identität und ein eigentliches Persönlichkeitsmerkmal darstelle.<sup>15</sup> Die Beschwerdeführerin könne jederzeit wieder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen und sich von der Sozialhilfe lösen, weshalb die Sozialhilfeabhängigkeit nur vorübergehend sei und kein diskriminierungsrelevantes Schutzbedürfnis bewirke.<sup>16</sup>

Auch bei der Rüge der assoziierten Diskriminierung – d. h. einer Diskriminierung aufgrund einer Verbindung zu einer anderen Person, die ihrerseits tatsächlich oder mutmasslich in eine Diskriminierungskategorie fällt und zu der ein Abhängigkeitsverhältnis besteht – aufgrund der Behinderung des Sohnes verneinte das Gericht das Vorliegen eines verpönten Merkmals und damit einer Diskriminierung. Die Krankheit des Sohnes

12 Die Beschwerdeschrift liegt den Autorinnen vor.

13 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. April 2018 (100.2016.59U) E. 6.2; zum Begriff des Merkmals vgl. unten Kapitel 3.2.

14 Ebd.

15 Ebd. E. 7.1.2 mit Verweis auf BGE 135 I 49.

16 Ebd. E. 7.1.3 mit Verweis auf BGE 136 I 309.



habe sich im dritten Lebensjahr stabilisiert, weshalb keine indirekte Diskriminierung aufgrund der Behinderung vorliege.<sup>17</sup>

Als Letztes lehnte das Gericht eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder des Status als Alleinerziehende ab. Gemäss den Sozialhilfestatistiken liege kein signifikanter Unterschied bei der Sozialhilfequote von ausländischen Frauen und Männern vor. Ausländische Frauen und Männer seien daher gleichermassen vom Einbürgerungshindernis des Sozialhilfebezugs betroffen, weshalb keine indirekte Diskriminierung vorliege.<sup>18</sup> In Bezug auf den Status als alleinerziehende Mutter könne zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass «alleinerziehend» als verpöntes Merkmal gelten könne.<sup>19</sup> Ausserdem seien allein lebende Personen mit Kindern häufiger auf Sozialhilfe angewiesen als in Partnerschaft lebende Eltern.<sup>20</sup> Unter den alleinerziehenden Personen seien Frauen massiv übervertreten, weshalb davon ausgegangen werden könne, dass alleinerziehende Frauen überwiegend bzw. bedeutend mehr als andere Personengruppen vom Einbürgerungshindernis des Sozialhilfebezugs betroffen seien.<sup>21</sup> Unabhängig davon, ob eine solche Ungleichbehandlung tatsächlich bestehe, liege jedoch in jedem Fall eine qualifizierte Rechtfertigung<sup>22</sup> vor: Hohe Anforderungen an die Einbürgerung seien ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse, da ausländischen Personen mit der Einbürgerung mehr Rechte gewährt würden, weshalb es legitim sei, Anforderungen an die wirtschaftliche Integration der betroffenen Personen zu stellen.<sup>23</sup> Die Benachteiligung der Beschwerdeführerin als alleinerziehende Frau durch das Kriterium des Nichtbezugs von Sozialhilfe sei daher gerechtfertigt. Die Rüge der Diskriminierung wurde abgewiesen.

## 2.2 Das Urteil des Bundesgerichts

Im Unterschied zum Verwaltungsgericht prüfte das Bundesgericht die Diskriminierungsrügen der Beschwerdeführerin nur oberflächlich und übernahm weitestgehend die Ausführungen der Vorinstanz.<sup>24</sup>

So führte es zunächst aus, dass keine Diskriminierung der Beschwerdeführerin als Sozialhilfebezügerin bestehe, da Personen, die auf Sozialhilfe angewiesen sind, nicht als geschützte Gruppe verstanden werden könnten und die Beschwerdeführerin sich über

---

17 Ebd. E. 7.2.3.

18 Ebd. E. 8.3.3.

19 Ebd. E. 8.4.2 ff.

20 Ebd. E. 8.4.5.

21 Ebd. E. 8.4.5 f.

22 Eine Ungleichbehandlung anhand von diskriminierungsrelevanten Kriterien ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn qualifizierte Rechtfertigungsgründe vorliegen. Differenzierungen sind folglich nur möglich, wenn damit gewichtige und legitime öffentliche Interessen verfolgt werden und diese geeignet, erforderlich und gesamthaft verhältnismässig sind, vgl. BGE 135 I 49 E. 6.1. Insbesondere bei mittelbaren Diskriminierungen ist sicherzustellen, dass die Rechtfertigungsgründe selbst, etwa aufgrund stereotyper Zuschreibungen, nicht diskriminierend sind, vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHÉFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 697.

23 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. April 2018 (100.2016.59U) E. 9.2 f.

24 Urteil des BGER 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 4 ff.

kurz oder lang von der Sozialhilfe dürfte lösen können.<sup>25</sup> Eine assoziierte Diskriminierung aufgrund der Beeinträchtigung des Sohnes liege ebenso wenig vor, da die Beeinträchtigung lediglich vorübergehend und nicht hinreichend schwer gewesen sei, um eine Behinderung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung<sup>26</sup> anzunehmen.<sup>27</sup>

Danach ging das Bundesgericht auf die Frage ein, «ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Geschlechts oder als Alleinerziehende oder allenfalls, im Sinne der sogenannten «intersektionellen» Diskriminierung, als alleinerziehende Frau diskriminiert werde».<sup>28</sup> Die Ausführungen der Vorinstanz seien nicht zu beanstanden. Es sei nicht nur von Bedeutung, ob die Sozialhilfeabhängigkeit mit einem Diskriminierungsstatbestand im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zusammenhänge – was bei Alleinerziehenden allenfalls die Lebensform sein könnte – sondern auch, ob dieser Zusammenhang dauernd oder nur vorübergehend ins Gewicht falle. Vorliegend erscheine die Ablösung von der Sozialhilfe realistisch. Wenn es der Beschwerdeführerin trotz entsprechendem Willen nicht gelinge, ihr Arbeitspensum zu erhöhen, dann sei dies «jedenfalls nicht ihrer Eigenschaft als alleinerziehender Frau zuzuschreiben».<sup>29</sup> Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sei nicht verletzt, auch nicht durch eine Kombination der verschiedenen Faktoren.<sup>30</sup>

Weder das kantonale Verwaltungsgericht noch das Bundesgericht setzten sich also vertieft und anhand des konkreten Falles mit der Rüge einer intersektionalen Diskriminierung auseinander. Stattdessen handelten die beiden Gerichte in ihren Urteilsbegründungen die Diskriminierungsrügen einzeln ab. Einzig bei der Prüfung der Frage, ob die Beschwerdeführerin als alleinerziehende Frau durch das Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit im Einbürgerungsrecht besonders benachteiligt sein könnte, ging das Verwaltungsgericht auf das Zusammenspiel der Diskriminierungskategorien «Frau» und «alleinerziehend» ein. Dabei rekurrierte es jedoch nicht auf das Konzept der Intersektionalität, sondern kam lediglich auf der Grundlage von verschiedenen statistischen Daten zum Schluss, dass alleinerziehende Frauen deutlich stärker vom Einbürgerungshindernis des Sozialhilfebezugs betroffen sind. Diese Erkenntnis wurde jedoch gleich wieder dadurch relativiert, dass davon ausgegangen wurde, dass der Nichtbezug von Sozialhilfe im Einbürgerungsverfahren ein legitimes öffentliches Interesse darstelle, das die Benachteiligung von alleinerziehenden Frauen rechtfertige, und dass die Beschwerdeführerin sich wieder von der Sozialhilfe lösen könne.

25 Ebd. E. 5.2 f.

26 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

27 Urteil des BGer 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 6.4. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (BRK; SR 0.109) lässt offen, wann eine Beeinträchtigung als Behinderung gilt. Gemäss dem in der Konvention vorherrschenden sozialen Modell von Behinderung ist vorausgesetzt, dass es sich um eine langfristige Beeinträchtigung handelt, die die Betroffenen an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindert (Art. 1 Abs. 2 BRK). Vgl. dazu etwa auch SKARSTAD KJERSTI, Human rights through the lens of disability, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2018/36(1), S. 24 ff. sowie KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple, *Etude de droit international, suisse et européen*, Genf 2015, S. 337 f.

28 Urteil des BGer 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 E. 7.1.

29 Ebd. E. 7.2.

30 Ebd. E. 8.

Die beiden Urteilsbegründungen zeigen, wie schwer sich die Gerichte bereits damit tun, Intersektionalität als Konzept anzuerkennen. Seine adäquate Anwendung ist entsprechend kaum möglich.<sup>31</sup> Was das Konzept beinhaltet und wie eine intersektionale Analyseperspektive aussehen könnte, soll im Folgenden genauer beleuchtet werden.

### 3 Konzeptioneller Rahmen: Intersektionalität

Nachdem die Kombination von Diskriminierungskategorien insbesondere in feministischen Bewegungen und Theoriesträngen bereits seit Längerem diskutiert worden war, fand der Begriff der Intersektionalität in den 90er-Jahren auch Eingang in die europäischen geistes- und sozialwissenschaftlichen Auseinandersetzungen zu Diskriminierung.<sup>32</sup> In den Rechtswissenschaften verzögerte sich die Rezeption des Konzepts trotz der frühen juristischen Verschriftlichung durch CRENSHAW.<sup>33</sup> In den letzten zehn Jahren wurde jedoch auch im europäischen rechtswissenschaftlichen Diskurs deutlich, dass das Konzept der Intersektionalität für die Rechtsdogmatik einen unentbehrlichen Erkenntnisgewinn bietet. Damit liessen sich endlich Konstellationen analytisch fassen, die mit der herkömmlichen Konzeption von Mehrfachdiskriminierung undeutlich geblieben waren. In der Schweiz war es NAGUIB, der 2010 im ersten rechtswissenschaftlichen Artikel zur Thematik die notwendigen Klärungen vornahm.<sup>34</sup> Beiträge zu Mehrfachdiskriminierung und Intersektionalität blieben in der Schweiz aber auch danach beschränkt auf einige wenige Autor\*innen, deren Arbeiten sich insbesondere mit internationalem Recht, anderen Rechtsordnungen und verschiedenen rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Ansätzen beschäftigten.<sup>35</sup> Auch nach den

- 
- 31 Das gilt nicht nur für die Schweiz. Die Schwierigkeit, intersektionale Diskriminierung nachzuweisen, wurde auch für andere Rechtsordnungen aufgezeigt, vgl. ATREY SHREYA, Comparison in intersectional discrimination, in: *Legal Studies* 2018/38, S. 379 ff.; HANNETT SARAH, Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 2003/23 (1), S. 65 ff.; ONUFRIO MARIA VITTORIA, Intersectional discrimination in the European legal systems: Toward a common solution?, in: *International Journal of Discrimination and the Law* 2014/14(2), S. 126 ff. Anders hingegen das Verfassungsgericht von Südafrika im Fall *Mahlangu and Another v. Minister of Labour and Others* (CCT 306/19), Urteil vom 19. November 2020, 2020 ZACC 24.
- 32 Vgl. etwa KNAPP GUDRUN-AXELI, 'Intersectionality' – ein neues Paradigma feministischer Theorie?, Zur transatlantischen Reise von ‚Race, Class, Gender‘, *Feministische Studien* 2005/1, S. 68 ff.
- 33 CRENSHAW KIMBERLÉ, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: *The University of Chicago Legal Forum* 1989/140, S. 139 ff., S. 151 f.
- 34 NAGUIB TAREK, Mehrfachdiskriminierung: Analysekatgorie im Diskriminierungsschutzrecht, in: *SJZ* 2010/106, S. 233 ff. Vgl. bereits aus dem Jahr 2009 auch TOBLER CHRISTA, Geschlecht, Behinderung, ethnische Zugehörigkeit – Komplexität von Konstellationen, in: *Tangram* 2009/23, S. 43 ff. sowie weitere Beiträge derselben Ausgabe.
- 35 SCHLÄPPI ERIKA/LOCHER RETO, in: Schläppi Erika/Ulrich Silvia/Wyttenbach Judith (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung, Umsetzung in der Schweiz, Umsetzung in Österreich, N23 zu Art.1 mit weiteren Hinweisen; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung (Fn. 34); DERS., Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine \_ Leerstelle?, in: Inter-

grundlegenden Arbeiten von NAGUIB fand keine ausführliche Auseinandersetzung mit intersektionalen Diskriminierungsdimensionen statt. Eine Ausnahme blieb die Dissertation von KLEBER, die sich aus einer reflektierten rechtsdogmatischen Perspektive umfassend der Frage der Mehrfachdiskriminierung widmet.<sup>36</sup>

Eine intersektionale Analyseperspektive fühlt sich einer ernsthaften Annäherung an die tatsächlichen Verhältnisse verpflichtet. Für das Recht bedeutet das, die Dogmatik so anzupassen, dass sie ihrem Gegenstand angemessen ist und damit den Verhältnissen gerecht werden kann.<sup>37</sup> Das bedingt, die Angewiesenheit von juridischen Verfahren auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse und die Einbettung des Rechts in gesellschaftspolitische Bezüge ernst zu nehmen<sup>38</sup> – und damit die regelmässige Dethematisierung dieser Zusammenhänge infrage zu stellen.<sup>39</sup> Die Notwendigkeit dieser Perspektive ergibt sich einerseits aus der bürgerlich-liberalen Überzeugung, dass der Staat «um des Menschen willen [...], nicht der Mensch um des Staates willen»<sup>40</sup> existiere. Die Achtung und der Schutz der Menschenwürde nach Art. 7 BV verlangen also nach einem Recht, das in der Lage ist, komplexe Lebensverhältnisse angemessen zu reflektieren. Andererseits ist das Recht gerade darauf ausgerichtet, dass sich Rechtssubjekte im Recht «als formal gleiche und freie begegnen können»<sup>41</sup> – was jedoch nur durch seine spezifische Konstitution über die Abstraktion dieser Subjekte gelingen kann.<sup>42</sup> Sie *erscheinen* als Gleiche unter Gleichen und können sich im Recht auch tatsächlich als Gleiche begegnen.<sup>43</sup> Dieser Abstraktionsvorgang geht aber insofern «vergessen», als die «herrschenden [...] Verhältnisse»<sup>44</sup> als ausserhalb des Rechts stehende gesetzt werden, um so einen einigermaßen stabilen Bezugsrahmen für die Beurteilung von Gleichheit im Recht schaffen zu können.<sup>45</sup> Dadurch bleibt das dem Recht innewohnende Versprechen von Gerechtigkeit unerfüllt.<sup>46</sup>

Antidiskriminierungsrecht versucht dort, wo strukturelle Unterschiede überdeutlich werden, diese gesellschaftlichen Verhältnisse rechtsdogmatisch fassbar zu machen. Politische Auseinandersetzungen um die Anerkennung von abweichender Subjektivität,

---

sektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden/Zürich 2014, S. 231 ff.; DERS./PÄRLI KURT/COPUR EYLEM/STUDER MELANIE, Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Bern 2014.

36 KLEBER (Fn. 27).

37 NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung (Fn. 34), S. 235.

38 Vgl. zur Notwendigkeit interdisziplinärer Forschungsansätze zur Thematik BERNARD STEPHAN, Rechtstatsächliche Diskriminierungsforschung – ein Denkanstoss, in: Jusletter vom 18. Februar 2018.

39 Vgl. zur Dethematisierung von Ungleichheit RÖHNER CARA, Ungleichheit und Verfassung. Vorschlag für reine relationale Rechtsanalyse, Weilerswist 2019, S. 29, sowie BUCKEL SONJA, Subjektivierung und Kohäsion, Weilerswist 2007, S. 239 f.

40 So formulierte der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee 1948 zunächst Art. 1 des deutschen Grundgesetzes.

41 BUCKEL (Fn. 39), S. 240.

42 Ebd., S. 237 f.

43 Ebd., S. 238.

44 BGE 144 I 113 E. 5.1.1.

45 Vgl. unten Kapitel 3.2.

46 Zu Interpretationsvarianten der Rechtsgleichheit ausführlich RÖHNER (Fn. 39), S. 169 ff.

die Zuerkennung von Rechten und materieller Existenzsicherung werden so in juristische übertragen; insbesondere über Versuche ihrer prozessualen Durchsetzung.

### 3.1 Crenshaw und die Dogmatik der Diskriminierung

«Stellen Sie sich vor», schreibt CRENSHAW 1989 in ihrem bahnbrechenden Aufsatz, und skizziert mit knappen Worten eine Analogie, die präzise offenlegt, wie das Antidiskriminierungsrecht bestehende Ungleichverhältnisse reproduziert.<sup>47</sup>

#### 3.1.1 Die Luke zur Gleichheit

CRENSHAW fordert die Leser\*innen auf, sich einen Keller vorzustellen, in dem unzählige Menschen nebeneinander aufgereiht stehen. Auf ihren Schultern stehen weitere Menschen, so wie auch auf deren Schultern Menschen stehen, auf deren Schultern wiederum Menschen stehen – so weit, bis die Menschentürme die Decke des Raumes erreichen. In der Decke befindet sich eine Luke, durch welche die zuoberst stehenden Menschen hindurchklettern können, nur um danach festzustellen, dass es sich bei der Decke um den Fussboden handelt, auf dem bereits andere Menschen stehen.

Mit diesem Bild schafft es CRENSHAW eindrücklich, Möglichkeiten und Grenzen des Diskriminierungsrechts aufzuzeigen.<sup>48</sup> Diejenigen Menschen, die in dem Raum zuunterst stehen, das sind diejenigen – so CRENSHAW – die von Diskriminierung umfassend betroffen sind. Denjenigen, die auf ihren Schultern stehen, geht es etwas besser – sie sind in einem einzigen Bereich ihres Lebens privilegiert. Diejenigen, die nun gleich unter der Decke stehen, sind nur noch von einer einzigen Diskriminierungsdimension betroffen. Dort stehen beispielsweise reiche, weisse, heterosexuelle Frauen ohne Behinderung. Sie sind die Auserwählten, die es schaffen können, durch die Luke zu klettern, um sich dann auf dem Fussboden der Privilegierten einzureihen.<sup>49</sup> Die Analogie von CRENSHAW zeigt, dass Diskriminierungserfahrungen nur dann Anerkennung im Recht finden, wenn sie den Erfahrungen jener entsprechen, die – wäre da nicht diese *eine* Kategorie – von struktureller Ungleichheit nicht betroffen wären.<sup>50</sup>

Auch wenn CRENSHAW hier ein eher holzschnittartiges Bild von Diskriminierung zeichnet, verhilft sie damit zu einer vertieften Auseinandersetzung mit der Thematik gerade durch die Zuspitzung: Die Luke ist in diesem Bild das Antidiskriminierungsrecht.

#### 3.1.2 Das Potenzial des Antidiskriminierungsrechts

Es ist bemerkenswert, was dieses Recht zu leisten vermag: Es schafft es, die metaphorisch getrennten Räume von Privilegierten und Diskriminierten zu verbinden und damit das Potenzial der Rechtsgleichheit ansatzweise zu verwirklichen. Durch diese rechtliche Anpassung werden nicht nur die Lebensumstände der betroffenen Individuen so beeinflusst, dass diese in die Lage versetzt werden, endlich ohne die üblichen Einschränkun-

---

47 CRENSHAW (Fn. 33), S. 151 f.

48 Weit bekannter ist das anschauliche Bild der Kreuzung, von der die Intersektionalität ihren Namen hat. U. E. gehen dabei allerdings wichtige Aspekte vergessen.

49 CRENSHAW (Fn. 33), S. 152.

50 Ebd.

gen zu existieren (eine bereits beachtliche Leistung), sondern es werden die herrschenden Strukturen der Unterdrückung so modifiziert, dass sie etwas durchlässiger werden. Diese Strukturen sind, so BAER, der

«Kern von Diskriminierung – die ungleiche Verteilung von Chancen, Ressourcen und Anerkennung, die eben nicht willkürlich oder gar zufällig, sondern historisch gewachsen tief in gesellschaftliche Strukturen eingeschrieben ist. Sie sichern Privilegien der Normalität». <sup>51</sup>

BAER verweist damit auf jene theoretische Aufarbeitung von Herrschafts- und Dominanzverhältnissen, Normalisierung und Subjektivierung, welche die Konzeptionierung der Intersektionalität vorangetrieben haben. <sup>52</sup> Das Antidiskriminierungsrecht ist also nicht vollkommen nutzlos; es verhilft jedoch nur einer ganz bestimmten Gruppe von Benachteiligten und nur bis zu einem bestimmten Punkt zu einem Ausgleich ihrer Benachteiligung, weil es nicht in der Lage ist, die Komplexität der fraglichen «Lebensachverhalte» zu erfassen. <sup>53</sup>

Mit diesem Bild der Luke versucht CRENSHAW nun, das Konzept der Intersektionalität erstmals so zu verschriftlichen, dass es auch rechtlich anschlussfähig wird. Es gelingt ihr damit, Lebensrealitäten in juristische Verfahren hereinzuholen, die dort bislang nur ungenügend Platz gefunden hatten. Sie fokussiert auf Schwarze <sup>54</sup> Frauen, genauso wie jene Gruppe von Aktivist\*innen, die in den Siebzigerjahren in einer Stellungnahme auf den Punkt brachten, was bereits seit Längerem Teil verschiedener herrschaftskritischer Bewegungen war:

«The most general statement of our politics at the present time would be that we are actively committed to struggling against racial, sexual, heterosexual, and class oppression, and see as our particular task the development of integrated analysis and practice based upon the fact that the major systems of oppression are interlocking.» <sup>55</sup>

Das Ineinandergreifen, das hier gemeint ist, veranschaulicht CRENSHAW mit einem anderen – dem schliesslich namensgebenden – Bild; dem der Kreuzung (*intersection*). Wenn sich der Verkehr aus mehreren Richtungen auf der Kreuzung trifft, kann das zu einem Unfall führen. Wenn sich nicht Autos, sondern Diskriminierungsdimensionen treffen, ergibt sich daraus immer irgendeine Form von Diskriminierung: eine rassistische, eine

51 BAER SUSANNE, Chancen und Risiken Positiver Massnahmen, in: Heinrich Böll Stiftung, Positive Massnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, S. 29; vgl. dazu auch unten Kapitel 4.1.

52 PURTSCHERT, PATRICIA/MEYER, KATRIN: Die Macht der Kategorien, Kritische Überlegungen zur Intersektionalität, in: Feministische Studien 2010/1, S. 130 ff., S. 131 ff.

53 CRENSHAW KIMBERLÉ, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, in: Stanford Law Review 1991/43 (6), S. 1241 ff., S. 1244 f.

54 Schwarz wird vorliegend bewusst grossgeschrieben, um zum Ausdruck zu bringen, dass nicht zwingend die Hautfarbe bezeichnet wird, sondern in erster Linie eine kulturelle, rassifizierte Zuschreibung und Herabminderung. Vgl. auch NAGUIB (Fn. 34), S. 233; MARKARD NORA, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, in: Kritische Justiz, 2009/42 (4), S. 353 ff., S. 353.

55 The Combahee River Collective Statement, 1977.

sexistische und manchmal eben auch eine, in der sich die Dimensionen aus verschiedenen Richtungen im selben Moment auf der Kreuzung treffen – die *intersektionale*.<sup>56</sup>

Diesen Unfall, also das Ineinandergreifen verschiedener Diskriminierungsachsen, versteht CRENSHAW als Herrschaftsverhältnis<sup>57</sup>.

«Differenzen stehen [...] nicht unverbunden nebeneinander, sondern richten sich auf ein hegemoniales Zentrum aus. In der Relation zwischen dem, was als Norm gilt, und dem, was als Differentes erscheint, werden Herrschaftsstrukturen ausgebildet und verfestigt.»<sup>58</sup>

### 3.1.3 Probleme des Antidiskriminierungsrechts

Das erinnert an den Grund für ein Antidiskriminierungsrecht als Erweiterung der Rechtsgleichheit: Ungleichheitsverhältnissen, verstanden als Herrschaftsverhältnisse, ist durch formale Rechtsgleichheit nicht beizukommen. Auch die Diskriminierungsverbote der Schweizer Verfassung sind Konsequenz der Einsicht, dass Ungleichheiten gesellschaftlich einschneidende Konsequenzen haben. CRENSHAW zeigte am US-amerikanischen Diskriminierungsrecht exemplarisch auf, was auch für die Schweiz gilt: Ungleichheitsverhältnisse können nur umfassend, d. h. im Kontext gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse, adäquat reflektiert werden. Das Bundesgericht changiert in seiner Interpretation von Art. 8 Abs. 2 BV hingegen, je nach Diskriminierungskategorie, zwischen einem symmetrischen Anknüpfungs- und einem asymmetrischen Benachteiligungsverbot.<sup>59</sup> Dass ein blosses Anknüpfungsverbot nicht in der Lage ist, mit komplexen Ungleichheitsverhältnissen umzugehen, ist offensichtlich: Mit der Fokussierung auf «verpönte Merkmale» bleibt es ein formales Differenzierungsverbot.<sup>60</sup> Die Erweiterung der Dogmatik um ein «asymmetrisches Benachteiligungsverbot»,<sup>61</sup> das zwar weiterhin auf die Eindimensionalität der Diskriminierungskategorien abstellt, aber um Machtverhältnisse weiss, bedeutet denn auch bereits eine wichtige Verbesserung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bleibt hier jedoch unpräzise, indem sie – wie auch ein grosser Teil der Lehre<sup>62</sup> – Unterscheidungen in der Anwendung der

56 CRENSHAW (Fn. 33), S. 149. Vgl. zur dogmatischen Ausdifferenzierung möglicher Zusammenwirkung insbesondere NAGUIB (Fn. 35), S. 231 ff.

57 CRENSHAW (Fn. 33), S. 166; KLEBER scheint hingegen nicht davon auszugehen, dass CRENSHAWs Analyse eine Herrschaftskritik beinhaltet, vgl. KLEBER (Fn. 27), S. 23 f.

58 PURTSCHERT/MEYER (Fn. 52), S. 133 beziehen sich hier auf LORDE AUDRE, Du kannst nicht das Haus des Herren mit dem Handwerkszeug des Herren abreissen, in: Lorde Audre/Rich Adrienne (Hrsg.), Macht und Sinnlichkeit, Berlin 1993, S. 199 ff.

59 Siehe dazu MÜLLER/SCHEFER (Fn. 22), S. 690 f.

60 LEMBKE ULRIKE/LIEBSCHER DORIS, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Simone Philipp et al. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Baden-Baden 2014, S. 266 f.

61 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 22), S. 288 ff.

62 Siehe z. B. SCHWEIZER RAINER J./BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 54 zu Art. 8 BV; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 22), S. 691 f.; CREVOISIER CÉCILE, Der Diskriminierungsbegriff – eine Ausleageordnung von Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter vom 6. Juni 2016, Rz. 5 ff.

Diskriminierungsverbote in erster Linie mit Differenzen bezüglich des Schutzbedürfnisses der einzelnen Kategorien begründet.<sup>63</sup> So grenzte das Bundesgericht in einem 2020 ergangenen Entscheid die – im konkreten Fall einschlägige – Kategorie «Alter» von den Kategorien «Rasse» und «Geschlecht» ab, weil es sich dabei um Kategorien handle, «qui présentent une nature quelque peu différente».<sup>64</sup> Diese andere Natur wird damit begründet, dass sich beim Kriterium des Alters keine historisch benachteiligte Gruppe ausmachen lasse. Dieser Grundsatz mag für eine eindimensionale Betrachtung von Diskriminierung gelten; sie wird von einer intersektionalen Perspektive jedoch infrage gestellt: Werden junge schwarze Männer unangemessen häufig wegen Drogenbesitz kontrolliert, hat das mit der Konstruktion einer spezifischen Identität zu tun, die nicht unabhängig vom Alter zu denken ist.<sup>65</sup> Der Ansatz der Rechtswissenschaften, das Problem mit einer asymmetrischen Herangehensweise zu lösen, funktioniert also nur in denjenigen (seltenen) Fällen, in denen sich die Lebensverhältnisse bruchlos unter die Diskriminierungskategorien des Art. 8 Abs. 2 BV subsumieren lassen.

Natürlich kann Schematisierung als Grundmodus der Rechtsanwendung auch durch eine intersektionale Perspektive nicht ohne Weiteres transformiert werden. Aber: Auch wenn sich die Rechtsdogmatik gerade über Schematisierungen regelmässig reaktualisiert, entwickelt sie dabei auch immer wieder neue Instrumente, um den komplexen tatsächlichen Verhältnissen beizukommen.<sup>66</sup> So haben intersektionale Ansätze zwar eine disruptive Wirkung, indem sie das herkömmliche, tendenziell individualisierende Verständnis von Antidiskriminierungsrecht infrage stellen, sie lassen sich aber *gleichzeitig* auch so ins Recht integrieren, dass sich die Subjektposition von marginalisierten Personen effektiv verändert.<sup>67</sup> Auch andere Ansätze, häufig u. a. inspiriert von intersektionalen Konzepten, sind für das Verständnis und für die Weiterentwicklung von Diskriminierung und Recht elementar, können hier jedoch nicht ausführlich diskutiert werden. Exemplarisch sei hier das postkategoriale Diskriminierungsrecht erwähnt, das die Perspektive von individuellen Zugehörigkeiten hin zu gesellschaftlichen Verhältnissen verschiebt.<sup>68</sup>

63 Vgl. zur Praxis des Bundesgerichts unten o. Weiter nur BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 22 ff. zu Art. 8 BV.

64 BGE 147 I 89 E. 2.2, sowie HUGENTOBLER, Keine fixe Altersgrenze für Studienaufenthalte, in: dRSK, publiziert am 30. März 2022.

65 NAGUIB (Fn. 34), S. 236 f.

66 Vgl. BOULANGER CHRISTIAN et al., Interdisziplinäre Rechtskritik und das Andere des Rechts, in: Kritische Justiz, 2010/43(4), S. 431 ff., S. 433.

67 Vgl. dazu insbesondere die Kommentierungen der UN-Fachausschüsse, unten Kapitel 4.1.

68 Vgl. dazu m. w. H. BAER SUSANNE (Fn. 51); LEMBKE/LIEBSCHER (Fn. 60); LIEBSCHER DORIS et al., Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, in: Kritische Justiz 2012/45(2); NAGUIB TAREK, Postkategoriale Gleichheit und Differenz: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!?, in: Ast Stephan/Hänni Julia/Mathis Klaus/Zabel Benno (Hrsg.), ARSP Beiheft 128; vgl. auch die Übersicht bei KLEBER (Fn. 27), S. 13 ff.



### 3.2 Begrifflichkeiten: Mehrfachdiskriminierung in der Rechtsdogmatik

Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung ist in den Schweizer Rechtswissenschaften verbreiteter als derjenige der Intersektionalität.<sup>69</sup> Unklar bleibt jedoch insbesondere in der Rechtsprechung, was die «mehrfache» Diskriminierung für die Konzeption von Diskriminierungsrecht und die Rechtsstellung der Einzelnen für Konsequenzen hat.<sup>70</sup>

Diskriminierung als rechtliches Konzept hat sich in Auseinandersetzung und Verwoben mit gesellschaftlichen Kämpfen und der Garantie der Rechtsgleichheit entwickelt.<sup>71</sup> Letztere hat als Konzept die Autonomie der Einzelnen entscheidend vorangetrieben, bleibt dabei allerdings in ihrer emanzipatorischen Wirkung prekär.<sup>72</sup> Bereits das Urteil gegen Emilie Kempin-Spyri, die vor Bundesgericht darauf bestand, dass Gleichheit vor dem Gesetze eben auch bedeute, dass zwischen Männern und Frauen in Bezug auf das öffentliche Leben keine Unterschiede mehr gemacht werden dürften, zeigt dies exemplarisch: Neben der viel zitierten Formulierung des Bundesgerichts, diese Behauptung sei «ebenso neu als kühn», war auch die Begründung von Rechtsgleichheit im damaligen Urteil von grosser Bedeutung für die weitere Entwicklung der Gleichheitsrechtsprechung. Wenn das Bundesgericht 1887 in BGE 13 I 1 argumentierte, dass nur jene Unterschiede unzulässig seien, «welche, nach anerkannten *Grundprinzipien* der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Tatbestände gerechtfertigt erscheinen»,<sup>73</sup> unterscheidet sich das nicht vom aktuellen bundesgerichtlichen Verständnis der Rechtsgleichheit, das nur dann Unterscheidungen zulässt, wenn «nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen [...] ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist».<sup>74</sup> Diese viel zitierte Formel macht auf bemerkenswerte Weise deutlich, dass Gleichheit eine Machtfrage ist. Entscheidend für die Zuerkennung von Möglichkeiten im Recht sind explizit «herrschende Anschauungen und Verhältnisse»<sup>75</sup>. Dennoch bleibt

69 So KLEBER (Fn. 27); SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 62), N 52 zu Art. 8 BV; vgl. auch KURT STEPHANIE, Die rechtliche Situation von religiösen Minderheiten im Kontext des schweizerischen Föderalismus: die Religionsfreiheit und das Verbot der religiösen Diskriminierung: Grundlagen – Konsequenzen – Perspektiven, Basel 2018, S. 162 ff.; LÜDI MERET, Mehrfachdiskriminierung in der Schweiz, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2021; NAGUIB (Fn. 34); vgl. weiter die Plattform [www.mehrfachdiskriminierung.ch](http://www.mehrfachdiskriminierung.ch). Das gilt auch für das EU-Recht, vgl. XENIDIS RAPHAËLE, Multiple discrimination in EU anti-discrimination law, towards redressing complex inequality?, in: Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard (Hrsg.), EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender, S. 41 ff., S. 45 f.

70 Notwendige Klärungen wurden von NAGUIB (Fn. 34), KLEBER (Fn. 27) und LÜDI (Fn. 69) vorgenommen, durch die Rechtsprechung bislang aber nicht aufgenommen. So kritisiert auch eine Studie aus dem Jahr 2015, dass Anwaltschaft und Gerichte Fälle von Mehrfachdiskriminierung nicht angemessen erkennen, vgl. KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKRM, Juli 2015.

71 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 22), S. 682.

72 Vgl. BUCKEL (Fn. 39), S. 237 f.

73 BGE 13 I 1 E. 2.

74 BGE 144 I 113 E. 5.1.1.

75 Ebd.

der Aspekt struktureller gesellschaftlicher Ungleichheit häufig unerwähnt.<sup>76</sup> So kann auch der Begriff der Mehrfachdiskriminierung einen Fokus auf die individuelle Position von *anderen*, also von denjenigen, die im Unterschied zur «Normalperson»<sup>77</sup> mit «Diskriminierungsmerkmalen» behaftet sind, verstärken.<sup>78</sup> Als Oberbegriff vermag er nur unzureichend die tatsächliche Komplexität von Diskriminierungsverhältnissen zu erfassen. Ebenso ungenau ist der Begriff der Diskriminierungsmerkmale. Auch wenn eine Umdeutung möglich ist, erscheint uns das Sprechen über Dimensionen oder Kategorien hier präziser:

«Die untersuchten «Diskriminierungsmerkmale» benennen Dimensionen vorherrschender kultureller Ordnung, (Herrschafts-)Verhältnisse und Ungleichheitslagen und sind [...] nicht als Identitätsbezeichnung, sondern als analytische Kategorien, zu verstehen.»<sup>79</sup>

Es geht also darum, dass der Grund für eine Ungleichbehandlung nicht als «Merkmal» einer Einzelperson individualisiert wird, sondern als Ausdruck struktureller Ungleichheit und insofern als «Kategorie» gesellschaftlicher Hierarchien anerkannt wird.<sup>80</sup> Anschaulich wird das auch bei den vorliegenden Urteilen: Bei der Frage, ob die Beschwerdeführerin durch die Nichteinbürgerung aufgrund ihrer sozialen Stellung als Sozialhilfebezügerin diskriminiert wird, prüft das Bundesgericht, ob der Bezug von Sozialhilfe ein «wesentlicher und nicht oder nur schwer aufgebbarer Bestandteil ihrer Identität» darstellt und reproduziert damit den individualistischen Fokus, der dem Antidiskriminierungsrecht herkömmlicherweise zu eigen ist.

Der Begriff der Intersektionalität verweist dagegen auf seine Entstehung in einem historisch spezifischen Kontext und seine Einbettung in gesellschaftliche Kämpfe gegen Unterdrückung und um Anerkennung von Schwarzen Frauen in den USA.<sup>81</sup> Der Begriff

76 Vgl. dazu etwa KÄLIN/LOCHER (Fn. 70), die darauf hinweisen, dass häusliche Gewalt in der Rechtspraxis oft nicht als strukturelle Diskriminierungsproblematik erkannt wird, sondern nur über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz abgehandelt wird.

77 Vgl. zum Begriff der Normalperson GAUCH PETER, *L'image de l'homme en droit: mélanges publ. par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Fribourg 1990, S. 13; und zur Konstruktion eines objektiven Dritten als Vergleichsgrösse im Antidiskriminierungsrecht KOCHER EVA, *Objektivität und gesellschaftliche Positionalität*, in: *Kritische Justiz* 2021/54(3), S. 268 ff., S. 270 ff.

78 Vgl. dazu auch BAER SUSANNE/BITTNER MELANIE/GÖTSCHKE ANNA LENA, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Teilexpertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes*. Vgl. zur Problematik des Vergleichs im Diskriminierungsrecht weiter auch ATREY SHREYA, *Comparison in Intersectional Discrimination*, in: *Legal Studies* 2018/38(3), S. 379 ff.

79 LIEBSCHER DORIS et al., *Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht*, in: *Kritische Justiz* 2012/45(2), S. 204 ff.

80 Vgl. dazu auch MEYER KATRIN, *Theorien der Intersektionalität zur Einführung*, Hamburg 2017, S. 96 f.

81 Vgl. dazu XENIDIS (Fn. 69), S. 47. Diese historische Verortung erscheint gerade angesichts des verbreiteten Anti-Schwarzen-Rassismus in der Schweiz adäquat, vgl. auch die Medienmitteilung der United Nations Working Group of Experts on People of African Descent vom 26. Januar 2022 zum Abschluss ihres offiziellen Länderbesuches in der Schweiz, die eine unzureichende Reflexion über systemischen Rassismus gerade in der Justiz feststellt (Ziff. 19).

insinuiert bereits die Interdependenz der einzelnen Diskriminierungskategorien und ist ohne eine Vorstellung von strukturellen und sich gegenseitig verstärkenden Ungleichheitsverhältnissen überhaupt nicht denkbar.<sup>82</sup> Damit allein durchbricht er die Vorstellung von Normalität und Abweichung, wie sie durch ein herkömmliches Verständnis von Diskriminierung auch im Recht hergestellt werden. Dem Begriff der Intersektionalität ist seine Verankerung in politischen Bewegungen eingeschrieben. Auch wenn seine Rezeption diese Geschichte zuweilen verschwinden lässt, verweist er, anders als der Begriff der Mehrfachdiskriminierung, nach wie vor auf sie. Dabei kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass Intersektionalität nicht nur eine Kritik an Antidiskriminierungsrecht, sondern immer auch eine an feministischer Theoriebildung war, von der die «kontinuierliche Reflexion auf eigene Tendenzen der Hegemonialisierung und des Ausschlusses»<sup>83</sup> verlangt wird.

#### 4 Rechtliche Anknüpfungspunkte zur Erfassung von intersektionaler Diskriminierung

Bereits CRENSHAW konzipierte Intersektionalität vor mehr als dreissig Jahren aus einer juristischen Perspektive. Dennoch fällt die Umsetzung in die Rechtsdogmatik nach wie vor nicht leicht.<sup>84</sup> Mittlerweile sind allerdings zahlreiche Arbeiten erschienen, die auch der Justiz als Orientierung für eine Weiterentwicklung des Antidiskriminierungsrechts dienen könnten.<sup>85</sup> Insbesondere in der Schweiz, die im internationalen Vergleich über sehr wenig über die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote hinausgehendes Gesetzesrecht verfügt, ist eine richterliche Auseinandersetzung mit dem Konzept dringend notwendig.<sup>86</sup> Eine wirksame Umsetzung von Antidiskriminierungsrecht, zu der sich die Schweiz auch international verpflichtet hat, bedingt den selbstverständlichen Einbezug einer intersektionalen Perspektive. Ein Blick auf internationale Menschenrechtsverträge veranschaulicht das.

---

82 A.A. KLEBER (Fn. 57).

83 PURTSCHERT/MEYER (Fn. 52), S. 135.

84 Dies gilt in der Schweiz, aber auch in anderen Rechtsordnungen, dazu oben Fn. 31. So hat sich etwa auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit der Umsetzung des Konzepts der Intersektionalität bisher eher schwergetan, vgl. LA BARBERA MARIA CATERINA, Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain, in: *Law and Society Review* 2019/53(4), S. 1167 ff.

85 Vgl. z. B. BAER (Fn. 51), S. 11 ff.; KLEBER (Fn. 27); NAGUIB (Fn. 34).

86 Vgl. zu den Stärken und Schwächen des Diskriminierungsrechts in der Schweiz KÄLIN/LOCHER (Fn. 70) sowie den Bericht des Bundesrates, Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, 25. Mai 2016. Anders sieht die Rechtslage etwa in Deutschland aus, wo aufgrund der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung des Allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zur Ausarbeitung und Verabschiedung eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes geführt hatte.

#### 4.1 Völkerrecht: CEDAW

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>87</sup> ist für die Weiterentwicklung von Antidiskriminierungsrecht von zentraler Bedeutung. So anerkannte der CEDAW-Ausschuss schon 2004 in seiner allgemeinen Empfehlung Nr. 25 die Existenz indirekter Diskriminierung und machte deutlich, dass die CEDAW materielle Gleichbehandlung verlangt und auf eine Überwindung vergeschlechtlichter Machtverhältnisse abzielt.<sup>88</sup> Zu dieser Interpretation der Konvention kommt der Ausschuss aufgrund des in dieser Hinsicht deutlichen Art. 5, der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, für «einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern» zu sorgen. Das bedeutet konkret :

«La Convention poursuit le but d'une transformation sociétale, permettant à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer d'obstacles créés par les stéréotypes de genre y compris les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, ainsi que les stéréotypes intersectionnels.»<sup>89</sup>

Der CEDAW-Ausschuss hat schliesslich auch unmissverständlich festgehalten, dass eine intersektionale Perspektive für das der CEDAW inhärente Verständnis von Diskriminierung unabdingbar ist. Die CEDAW verpflichtet also die Vertragsstaaten, Vorkehrungen gegen Diskriminierungen zu treffen, die erst aus einer intersektionalen Verschränkung von verschiedenen Dimensionen entstehen oder sich dadurch noch verstärken.<sup>90</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der Ausschuss in seinem letzten Staatenberichtsverfahren gegenüber der Schweiz angemerkt hat, dass die Schweiz strukturelle Faktoren, die zu Ungleichheit führen, beseitigen muss und dabei auch intersektionale Diskriminierungsformen berücksichtigen sollte.<sup>91</sup> Dieses Verständnis findet sich explizit auch in den Allgemeinen Empfehlungen der Ausschüsse zum Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

87 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW; SR 0.108).

88 CEDAW, General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), 2004.

89 COTTIER MICHELLE, Article 5, in: CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, Genf 2019, S. 131 ff., S. 141.

90 CEDAW, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010, CEDAW/C/GC/28, Ziff. 18; vgl. zum Ganzen auch LÜDI (Fn. 70), S. 27 ff.

91 CEDAW, Concluding Observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 26. November 2016, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, Ziff. 19(b).

(CERD)<sup>92</sup> und zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)<sup>93, 94</sup>.

## 4.2 Nationales Recht: Intersektionalität und Art. 8 Abs. 2 BV

Der Katalog der Diskriminierungsdimensionen des Art. 8 Abs. 2 BV ist nicht abschliessend.<sup>95</sup> Daraus ergibt sich dogmatisch eine grundsätzliche Offenheit für die Konzeptualisierung einer intersektionalen Perspektive innerhalb der Diskriminierungsverbote des Art. 8 Abs. 2 BV, auch wenn eine solche weder im Verfassungstext noch in den Materialien vorgesehen ist.<sup>96</sup> Diese Offenheit ist offensichtlich richtig und notwendig, um gesellschaftliche Entwicklungen in der Rechtsprechung nachvollziehen und neue Formen der Diskriminierung anerkennen zu können.<sup>97</sup> Explizite Hinweise auf die intersektionalen Aspekte von Diskriminierung fehlen in der Schweizer Rechtsordnung dagegen fast vollständig. Einzig Art. 5 Abs. 1 des Behindertengleichstellungsgesetzes<sup>98</sup> verweist auf die besonderen Bedürfnisse von Frauen mit Behinderung.<sup>99</sup> Die Konzeption von Diskriminierung in Verfassung und Gleichstellungsgesetzen folgt also einer eindimensionalen Logik und befindet sich damit nach wie vor in dem bereits 1989 von Crenshaw kritisierten Zustand. Vorstellbar ist entsprechend nur die Möglichkeit einer additiven Diskriminierung. So wird etwa vorgeschlagen, das Zusammenspiel verschiedener Diskriminierungskategorien über die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Ungleichbehandlung abzuhandeln und zu fragen, ob sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Merkmale (oder eben Kategorien) eine insgesamt unzumutbare Belastung ergibt.<sup>100</sup> Ein solcher Ansatz blendet jedoch aus, dass bei einer intersektionalen Diskriminierung nicht unbedingt eine verpönte Ungleichbehandlung aufgrund verschiedener Diskriminierungskategorien gleichzeitig vorliegt, die sich gegenseitig noch verstärken. Das Konzept der intersektionalen Diskriminierung erfasst vielmehr eben auch jene Konstellationen, bei denen für sich genommen keine Diskriminierung erkennbar ist, sondern sich gerade erst durch das Zusammenspiel ergibt – die Verschränkung von Diskriminierungsdimensionen also Ursache der Ungleichbehandlung ist und nicht lediglich Verstärkung.

92 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (CERD; SR 0.104).

93 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (CRPD; SR 0.109).

94 LÜDI (Fn. 70), S. 27 ff.

95 BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 23 zu Art. 8 BV.

96 Vgl. dazu NAGUIB (Fn. 35), S. 235 f.

97 KLEBER (Fn. 27), S. 160; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 143.

98 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

99 BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, in: CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015, Art. 11 N 21.

100 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 445.

## 5 Intersektionalität als Leerstelle in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Urteil zur «intersektionellen» Diskriminierung ist das erste Urteil, in dem sich das Bundesgericht überhaupt explizit mit einer mehrdimensionalen Diskriminierung auseinandersetzt, obwohl es schon früher Anlass dazu gegeben hätte.<sup>101</sup> In früheren Urteilen befasste sich das Gericht, wie bereits dargelegt, bestenfalls mit der Frage, ob eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt.<sup>102</sup> Diese Leerstelle<sup>103</sup> in der Schweizer Rechtsprechung wurde im vorliegenden Fall nach jahrelangem Schweigen der Justiz bemerkt. Von einem Füllen dieser Leerstelle kann jedoch keine Rede sein. Dass insbesondere das bundesgerichtliche Urteil den Schwerpunkt der Begründung auf eine Einzelprüfung der Kategorien «soziale Stellung», «Behinderung» sowie «Geschlecht» resp. «alleinerziehend» und der jeweiligen Gruppenzugehörigkeit legte und die angemessene Sorgfalt in der Auseinandersetzung mit dem Zusammenwirken dieser Kategorien vermissen liess, deutet darauf hin, dass das Bundesgericht seine eindimensionale Perspektive auf Diskriminierungen beibehalten hätte, wenn nicht die Anwältin in ihrer Beschwerde auf einer intersektionalen Perspektive insistiert hätte.<sup>104</sup> Auch setzte sich das Bundesgericht seither nicht mehr mit einer intersektionalen Analyse auseinander, obwohl sich die Annahme einer solchen mindestens bei BGE 147 I 89, wo eine Diskriminierung aufgrund des Alters schliesslich bejaht wurde, jedenfalls angeboten hätte.<sup>105</sup> Die Rechtsprechung unterliess es bislang, intersektionale Diskriminierungen, die sich aus der Verbindung verschiedener Dimensionen ergeben, in den schweizerischen rechtlichen Rahmen einzuordnen. Grund dafür ist unter anderem, dass sich das Bundesgericht – trotz der dogmatischen Offenheit des Art. 8 Abs. 2 BV – einem gruppistischen Programm verschrieben hat, das es unterlässt, komplexe Verhältnisse umfassend zu analysieren.<sup>106</sup>

## 6 Sozialhilfebezug als paradigmatischer Fall intersektionaler Diskriminierung

Im vorliegend diskutierten Fall hat sich die Frage der intersektionalen Diskriminierung, wie bereits erläutert, am Sozialhilfebezug der betroffenen Frau gestellt. Dies ist kein Zu-

101 Vgl. dazu LÜDI (Fn. 70), S. 10, sowie KLEBER (Fn. 27), S. 180 f. So etwa im Entscheid BGE 138 I 305 bezüglich des Zusammenspiels der Kategorien «Herkunft» und «Behinderung».

102 Vgl. dazu auch oben Kapitel 3.2. Für die kantonalen Gerichte gilt das ebenso, siehe dazu auch die Studie von LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 114/2018, S. 82 f.

103 NAGUIB (Fn. 35), S. 231.

104 Vgl. oben Kapitel 2.; zur Frage der Rügepraxis auch NAGUIB (Fn. 35), S. 240.

105 Zur Diskussion stand die Verwaltungspraxis, wonach grundsätzlich keine Aufenthaltsbewilligungen zu Studienzwecken an ausländische Personen über 30 Jahre erteilt werden. Das Bundesgericht verwies sogar auf die Benachteiligung, die solche Regelungen für «les personnes qui présentent un cursus universitaire moins «classique»» bedeuteten (E. 7), ging aber nicht weiter darauf ein.

106 Vgl. zum gruppistischen Verständnis des Bundesgerichts exemplarisch BGE 132 I 49 E. 8.2; kritisch zu einem derartigen Verständnis BAER (Fn. 51).

fall. Armut – und im schweizerischen Kontext namentlich der Sozialhilfebezug – ist ein paradigmatischer Fall für das Zusammenspiel und die gegenseitige Verstärkung bereits bestehender struktureller Ausschlusskriterien. So geht Armut, wie der vorliegende Fall zeigt, oft Hand in Hand mit der Herkunft, der sozialen Stellung, dem Geschlecht oder der Lebensform.<sup>107</sup> Alleinerziehende und Personen aus dem Asylbereich zum Beispiel sind deutlich häufiger auf Sozialhilfe angewiesen.<sup>108</sup> Wenn sich das Bundesgericht also weigert, Sozialhilfebezug oder Armut als verpöntes Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anzuerkennen, ist dies nicht einfach neutraler Ausdruck einer liberalen Staatsordnung, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hoch gewichtet, sondern blendet aus, wie sehr die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von anderen strukturellen Faktoren gesellschaftlicher Marginalisierung abhängt.<sup>109</sup> Wie ATREY ausführt, ist Armut vielmehr

«intersectional not only in terms of its complex structural disadvantage which goes beyond the level of income or wealth towards a broader conception of harms including loss of dignity and autonomy, social exclusion and so on, but also because it cuts across other systems of subordination associated with status groups».<sup>110</sup>

Armut wird folglich durch bereits bestehende Benachteiligung verstärkt und führt wiederum selbst zu weiterer Benachteiligung. So ist Armut klar von soziodemografischen Faktoren, wie der familiären Situation, dem Alter, und der Herkunft, abhängig.<sup>111</sup> Armutsbetroffene Menschen sind ausserdem bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und der gesellschaftlichen Teilhabe benachteiligt.<sup>112</sup> Armutsbetroffene Kinder etwa sind in ihren Teilhabe- und Entwicklungsmöglichkeiten stark eingeschränkt, was unter anderem dazu führt, dass sich Armut von einer Generation zur nächsten fortsetzt.<sup>113</sup>

Das Bundesgericht hat selbst in einem Leitentscheid zum Bürgerrecht festgehalten, dass Armut insoweit zu Herabminderung und Stigmatisierung führen könne, «als diese oftmals auf [der] stereotype[n] Auffassung beruhen, die Lage der Betroffenen sei Ausdruck persönlichen Versagens oder gründe auf selbstverschuldetem Scheitern oder gar

107 So auch SUTER ALEXANDER, Armut als Diskriminierungsmerkmal? Überlegungen zur Entwicklung von Art. 8 Abs. 2 BV, in: Jusletter vom 6. Juni 2016, Rz. 16.

108 Laut dem Bundesamt für Statistik sind Kinder, Ausländer\*innen und geschiedene Personen deutlich häufiger sozialhilfeabhängig, vgl. Bundesamt für Statistik, Grafik «Die Wirtschaftliche Sozialhilfe», BFS-Nr. gi-d-13.05.02-2021a, 21. Dezember 2021. Einelternhaushalte und Haushalte mit mehr als drei Kindern sind ausserdem einem deutlich grösseren Armutsrisiko ausgesetzt.

109 So etwa in BGE 135 I 49 E. 5. Dazu grundlegend SUTER ALEXANDER, Armut und Diskriminierung, Eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz, Zürich 2015. Vgl. zur Vorstellung der Neutralität einer meritokratischen Gesellschaft auch SANDEL MICHAEL J., The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?, New York 2020.

110 ATREY SHREYA, The Intersectional Case of Poverty in Discrimination Law, in: Human Rights Law Review 2018/14, S. 411 ff., S. 416.

111 Bundesamt für Statistik, Armutsgefährdung, nach verschiedenen soziodemografischen Merkmalen, BFS-Nr. je-d-20.03.02.02.01, 18. Februar 2021.

112 Vgl. etwa CHIAPPARINI EMANUELA et al., Modelle der Partizipation armutsbetroffener und -gefährdeter Personen in der Armutsbekämpfung und -prävention, Schlussbericht, 31. März 2020, insb. S. 21 f. Weiter auch SUTER (Fn. 109), S. 55 ff.

113 Bundesamt für Statistik, Armut und materielle Entbehrung von Kindern. Erhebung über die Einkommen und Lebensbedingungen (SILC) 2014, 18. November 2016.

moralischer Schwäche». <sup>114</sup> Staatliche Unterstützungsleistungen wie Sozialhilfe – so das Bundesgericht im besagten Urteil – sollten gerade der möglichen Diskriminierung von Personen «in entsprechender finanzieller Lage» begegnen. <sup>115</sup>

Ungeachtet des Diskriminierungspotenzials von Regelungen, die auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen, hat der Schweizer Gesetzgeber den Bezug von staatlichen Unterstützungsleistungen und namentlich von Sozialhilfe in den letzten Jahren immer öfter mit negativen Konsequenzen verknüpft. <sup>116</sup> Besonders deutlich zeigt sich dies im Migrationsrecht, wo das Aufenthaltsrecht ausländischer Personen zunehmend an den Nichtbezug von Sozialhilfe geknüpft wird und die Inanspruchnahme staatlicher Unterstützungsleistungen mit einer Rückstufung oder gar dem Entzug des Bürgerrechts sanktioniert werden kann. <sup>117</sup>

Auch im Bürgerrecht wurden die Anforderungen an die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit im Rahmen der Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes <sup>118</sup> auf Bundesebene erhöht. <sup>119</sup> So setzt Art. 12 Abs. 1 lit. a BÜG neu ausdrücklich voraus, dass eine Person nur als integriert gelten kann und damit eingebürgert werden darf, wenn sie am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die Bürgerrechtsverordnung konkretisiert, dass nur am Wirtschaftsleben teilnimmt, wer seine Lebenshaltungskosten und Unterhaltsverpflichtungen durch Einkommen, Vermögen oder Leistungen Dritter, auf die ein Rechtsanspruch besteht, decken kann und während des Einbürgerungsverfahrens und in den drei Jahren davor keine Sozialhilfe bezogen oder diese vollumfänglich zurückerstattet hat. <sup>120</sup> Die Bestimmung wurde aus kantonalen Bürgerrechtsgesetzen übernommen, wo die Voraus-

---

114 BGE 135 I 49 E. 5.

115 Ebd.

116 Vgl. etwa die Verschärfungen im Rahmen der Revision des Ausländergesetzes (AuG) zum Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20), die seit dem 1. Januar 2019 erlauben, Personen mit Niederlassungsbewilligung, die sich länger als 15 Jahre in der Schweiz aufhalten, die Bewilligung zu entziehen (Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG), insb. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2397, S. 2429 f. Im Januar 2022 hat der Bundesrat ein weiteres Vernehmlassungsverfahren für eine Revision des AIG zur Einschränkung der Sozialhilfeleistungen für Drittstaatsangehörige eröffnet. Vgl. etwa auch die Darstellung der Rechtsentwicklung in COULLERY PASCAL, Kantonales Sozialhilferecht als Teilsystem der sozialen Sicherheit, in: SZS 2021/2, S. 74 ff., insb. S. 80 ff.

117 Dazu auch SPESCHA MARC, Ausländische Sozialhilfebeziehende im Fokus der Migrationsbehörde, in: Jusletter vom 8. März 2021; SUTER ALEXANDER, Integration und Ausschluss: Folgen von Sozialhilfebezug für Ausländerinnen und Ausländer, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, Bern 2021, S. 3 ff.; BORRELLI LISA MARIE et al., (Un)Conditional Welfare?, Tensions Between Welfare Rights and Migration Control in Swiss Case Law, in: Sciendo 2021/47(1), S. 93 ff., S. 99. Für eine ähnliche Entwicklung im Strafrecht etwa BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, in: ZStrR 2017/135, S. 117 ff., S. 132 ff.; KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN, L'accès au Tribunal fédéral sera-t-il doné avant réservé aux prévenus fortunés?, in: Jusletter vom 1. Februar 2016.

118 Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 14. Juni 2014 (BÜG; SR 141.0).

119 Siehe auch VON RÜTTE BARBARA, Das neue Bürgerrechtsgesetz, in: Anwaltsrevue 2017/5, S. 202 ff., S. 208.

120 Art. 7 Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (BÜV; SR 141.01).



setzung der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit – wie das vorliegende Beispiel des Kantons Bern zeigt – teilweise bereits vorher bestanden hat oder noch weiter geht.<sup>121</sup>

Art. 12 Abs. 2 BÜG sieht zwar vor, dass die Situation von Personen, die aufgrund einer Behinderung oder Krankheit oder «anderen gewichtigen persönlichen Umständen» auf Sozialhilfe angewiesen sind, berücksichtigt werden soll und will so dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung tragen. Wie der vorliegende Fall zeigt, verunmöglicht die enge Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips ohne Einbezug einer intersektionalen Analyseperspektive jedoch, dass über den konkreten individuellen Fall hinaus auch die vielschichtigen und strukturellen Faktoren, die zu Armut, Nichtteilnahme am Erwerbsleben und Sozialhilfeabhängigkeit führen, angemessen berücksichtigt werden.

Wie die beiden Urteile im vorliegenden Fall weiter deutlich machen, wird das Fehlen einer intersektionalen Analyseperspektive bei Sozialhilfebezug dadurch zusätzlich verstärkt, dass die Vermeidung von staatlichen Wohlfahrts- und Unterstützungsleistungen weitgehend unbestritten als legitimes öffentliches Interesse gilt.<sup>122</sup> Die Kosten für die öffentliche Wohlfahrt sollen möglichst tief gehalten werden. Zum Schutz der öffentlichen Finanzen können ausländische Personen, die Sozialhilfe beziehen, also etwa aus der Schweiz weggewiesen oder vom Erwerb des Bürgerrechts ausgeschlossen werden.<sup>123</sup>

Dass eine menschenwürdige Existenzsicherung, mindestens nach einem Teil der Lehre, jedoch ein Grundrecht ist,<sup>124</sup> das grundsätzlich auch ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz zusteht, geht dabei vergessen oder wird aufgrund der Unterminderung von Sozialstaatlichkeit durch wirtschaftspolitische Erwägungen zunehmend zur finanziellen Disposition gestellt.<sup>125</sup> Stattdessen wird – wie auch im vorliegend diskutierten Fall – argumentiert, jede\*r könne einer Erwerbstätigkeit nachgehen und sich so von der Sozialhilfe lösen.<sup>126</sup> Wer dies nicht tue, solle nicht geschützt werden. Die strukturellen Faktoren, die eine Vermeidung von oder eine Ablösung aus der Sozialhilfe erschweren oder gar verunmöglichen, werden dabei ausgeblendet.<sup>127</sup>

Die Tatsache, dass arme Personen genau wegen ihrer Armut besonderer Gefahr von Diskriminierung und Marginalisierung ausgesetzt sind und deswegen gleichzeitig auch

121 Im Kanton Bern wurde die Zehnjahresfrist für den Bezug von Sozialhilfe mit Annahme einer Volksinitiative durch das Stimmvolk am 24. November 2013 eingeführt.

122 Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2397, S. 2416. Vgl. etwa auch BGE 135 I 49 E. 6.3; Urteil des BGER 2C\_98/2018 vom 7. November 2018 E. 4.4; Urteil des BGER 2C\_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 5.1; Urteile des BGER 2C\_667/2020, 2C\_536/2020 und 2C\_97/2020 jeweils vom 19. Oktober 2021 jeweils E. 5 ff.; Urteil des BGER 2C\_158/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 4.3 ff.

123 Art. 62 Abs. 1 lit. e und Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG.

124 Vgl. dazu etwa AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002; BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, in: ZBl 2020/112, S. 463 ff.; GÄCHTER THOMAS, Soziale Grundrechte – das nackte Überleben oder mehr?, in: lus.full 2007/3+4, S. 138 ff.

125 SUTER (Fn. 112), S. 213.

126 Vgl. auch ELLERMANN ANTJE/GOENAGA AGUSTÍN, Discrimination and Policies of Immigrant Selection in Liberal States, in: Politics & Society 2019/47(1), S. 87 ff., S. 91; BORRELLI et al. (Fn. 117), S. 99 ff.

127 ATREY (Fn. 110), S. 421.

grössere Schwierigkeiten haben, sich wieder von der Sozialhilfe zu lösen, wird durch das Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit also geradezu in das Gegenteil verkehrt. Arme ausländische Personen sollen von Anfang an gar nicht mehr Teil der Gemeinschaft werden.

Das Beispiel des Sozialhilfebezugs zeigt also exemplarisch, wie notwendig eine intersektionale Analyseperspektive ist, um die tatsächliche Komplexität von Diskriminierungsverhältnissen zu erfassen und zu verhindern, dass Personen, die aufgrund des Zusammenspiels verschiedener Kategorien bereits benachteiligt sind, weiter marginalisiert und an der Wahrnehmung ihrer Rechte gehindert werden.

## 7 Schlussfolgerungen

Komplexe Diskriminierungsverhältnisse, wie diejenigen im vorliegenden Einbürgerungsfall, können nur mit einer intersektionalen Analyseperspektive überhaupt erkannt und rechtlich bearbeitet werden. Ohne eine ernsthafte Auseinandersetzung der schweizerischen Gerichte mit dem Konzept der Intersektionalität wird es nicht gelingen, alle Herrschaftsverhältnisse tatsächlich in den Blick zu nehmen.<sup>128</sup>

Beispielhaft hat die Analyse des vorliegenden Falls gezeigt, wie hilflos Rechtsdogmatik und Praxis angesichts der Komplexität alltäglicher Verhältnisse sind. Dass der Begriff der Intersektionalität überhaupt Eingang in die Schweizer Rechtsprechung fand, ist einzig der Rezeption einer sich kritisch mit der Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts beschäftigenden Wissenschaft durch die betreffende Anwältin zu verdanken.

Erneut hatten sich die Gerichte mit der Frage von Diskriminierung in einem Einbürgerungsentscheid auseinanderzusetzen. Es ist kaum eine Überraschung, dass sich elementare Fragen des Diskriminierungsrechts gerade hier stellen.<sup>129</sup> Nicht ganz alltäglich ist jedoch, dass derartige Fälle tatsächlich vor Gericht verhandelt werden – auch der Zugang zur Justiz ist abhängig von strukturellen Voraussetzungen, die sich nicht unabhängig von Diskriminierungen konstituieren.<sup>130</sup> Die Auffassung der Gerichte, dass Personen, die Sozialhilfe beziehen, nicht besonders vor Diskriminierung zu schützen sind, ist, wie bereits angedeutet, so nicht haltbar. Der Bezug von Sozialhilfe müsste jedenfalls als Indiz für eine mögliche Diskriminierung aufgrund der Kategorie der «sozialen Stellung» des Art. 8 Abs. 2 BV gelten und eine ernsthafte Prüfung nach sich ziehen.<sup>131</sup> Der Verweis darauf, dass der Bezug von Sozialhilfe jedenfalls im vorliegenden Fall kein elementares Persönlichkeitsmerkmal darstelle und dass sich die Beschwerdeführerin in Zukunft von dieser Abhängigkeit lösen können, genügt nicht.<sup>132</sup>

Letztlich ist die Frage, ob Sozialhilfebezüger\*innen als Gruppe historisch benachteiligt wurden und ob es sich dabei um einen elementaren Aspekt der Persönlichkeit

128 Vgl. oben, BUCKEL (Fn. 2). Ausserdem ergäbe sich aus einer intersektionalen Perspektive auch das Potenzial, präzisere rechtsdogmatische Reflexionsinstrumente zu entwickeln, um beispielsweise die Schwere von Diskriminierungen oder die angemessene Beweislastverteilung zu beurteilen.

129 Vgl. dazu KÄLIN/LOCHER (Fn. 70), S. 43 f.

130 Ebd.

131 SUTER (Fn. 112), S. 230.

132 Vgl. oben, Fn. 16.

handelt, für die vorliegende Auseinandersetzung mit dem Konzept der Intersektionalität auch nur von untergeordneter Bedeutung. Diese Fragestellung entspringt nämlich der herkömmlichen, individualistischen Perspektive der Diskriminierungsdogmatik. Würde der vorliegende Fall hingegen konsequent aus einer intersektionalen Analyseperspektive betrachtet, wie dies die Anwältin der Beschwerdeführerin auch verlangt hatte, würde offensichtlich, dass soziale Stellung, Geschlecht, Behinderung und «alleinerziehend» gesellschaftliche Strukturkategorien sind, die sich gegenseitig reproduzieren. Eine Perspektive, die solche von Machtverhältnissen abhängigen Strukturkategorien ernst nimmt, hätte es ausserdem ermöglicht, die Situation der Beschwerdeführerin als alleinerziehende Mutter als indirekte Geschlechterdiskriminierung zu verstehen. Die Vergleichsgruppenbildung, welche die Gerichte hier vorgenommen haben, ist keineswegs zwingend und hätte entsprechend begründet werden müssen.

Relevanz und Beispielhaftigkeit des diskutierten Falles ergeben sich auch aus der Bedeutung von Staatsbürgerschaft für die rechtliche Subjektivierung im Schweizer Verfassungsstaat. Der Beschwerdeführerin wird die Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft und damit der Status als Bürgerin verweigert.<sup>133</sup> Das beinhaltet den Ausschluss aus elementaren demokratischen Rechten. Es wird offensichtlich, wie Staatsbürgerschaft als Konstitutionsmoment politischer Intelligibilität verstanden werden muss.

Aus einer intersektionalen Analyseperspektive ist es also nicht zufällig, dass eine alleinerziehende, armutsbetroffene Frau mit Care-Verpflichtungen gegenüber ihrem schwer beeinträchtigten Kleinkind nicht eingebürgert wird. Das Kriterium der Sozialhilfeunabhängigkeit trifft Frauen, Kinder, Alleinerziehende und Menschen mit Behinderungen ungleich stärker. Wo diese Faktoren zusammenspielen, ist der Ausschluss nicht mehr Ergebnis eines unglücklichen Zusammenspiels von Lebensumständen und des Fehlens individueller Anstrengung, sondern Folge struktureller Benachteiligung und gesellschaftlicher Hierarchien.

Dabei verschränkt sich in der heutigen Schweizer Praxis ein gruppistisches Verständnis der Diskriminierungsdogmatik mit stereotypen Vorstellungen bestimmter Lebensverhältnisse: Als alleinerziehende Frau mit umfassenden Care-Aufgaben für ein beeinträchtigtes Kind werden ihr auch längerfristig nicht dieselben Rechte zugestanden, wie sie für andere selbstverständlich sind. Die Verweigerung der Einbürgerung der betroffenen Frau aufgrund ihrer Sozialhilfeabhängigkeit führt insofern aus dem Blickwinkel eines intersektionalen Ansatzes zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots. Die Tatsache, dass die Bürgerrechtsgesetzgebung die Einbürgerung bei Sozialhilfebezug ausschliesst, ändert daran nichts. Vielmehr ist ein Recht, das bestehende gesellschaftliche Ausschlussmechanismen nicht aufbricht, sondern reproduziert, konstitutiv für die Perpetuierung diskriminierender Strukturen.<sup>134</sup>

Das Bundesgericht hat im vorliegend besprochenen Fall die Gelegenheit verpasst, sich auf eine ernsthafte Auseinandersetzung mit intersektionalen Perspektiven einzulassen. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt jedoch die Verantwortung zu, aktuelle Entwicklungen im Bereich der interdisziplinären Diskriminierungsforschung

133 Vgl. dazu ausführlich VON RÜTTE BARBARA, *The Human Right to Citizenship, Situating the Right to Citizenship within International and Regional Human Rights Law*, Brill Nijhoff, Leiden 2022.

134 In Anlehnung an MARKARD (Fn. 54), S. 363.

angemessen mitzubedenken: Mittlerweile können die Gerichte auf einen umfassenden Wissensschatz zugreifen, der es ihnen erlauben würde, Gruppenvergleiche zu überwinden und Analysen des sozialen Kontexts so vorzunehmen, dass die Diskriminierungsverbote auch tatsächlich wirksam werden können.

# Das Institut der Ehe im Wandel

## Legalisierung der Polygamie?

---

Daniela Franziska Odermatt

*In diesem Artikel wird die aktuelle Rechtslage zur Polygamie in der Schweiz untersucht und mögliche Anknüpfungspunkte für eine Erweiterung der Ehe de lege ferenda werden identifiziert. Im Gegensatz zum verfassungsrechtlichen Schutzgedanken bezüglich menschlicher Netzwerke der Fürsorge ist im Zivil- und Strafrecht weiterhin das Prinzip der Monogamie zentral, weshalb die Reformbedürftigkeit aufgezeigt und für Veränderungen innerhalb dieser Rechtsbereiche argumentiert wird.*

### 1 Einleitung

#### 1.1 Die Legal Gender Studies im Kontext aktueller politischer Entwicklungen

Dieser Artikel untersucht mit den von den Legal Gender Studies entwickelten Ansätzen, welchen Einfluss das Prinzip der (heterosexuellen) Monogamie auf das schweizerische Recht hat bzw. ob es Anknüpfungspunkte gibt, an welchen eine künftige Öffnung der Ehe für polyamore Beziehungen festgemacht werden könnte. Angeknüpft wird vor allem am Gedanken des Schutzes von sozialen Beziehungen. Polyamore Beziehungen, oder Netzwerke der Fürsorge, bieten den beteiligten Personen als Lebensgemeinschaft ein Umfeld des gegenseitigen Beistands und der Unterstützung. Doch inwiefern erfahren diese unterschiedlichen Lebensgemeinschaften (Beziehungen zwischen zwei Menschen sowie aus mehr als zwei Menschen bestehende Beziehungen) einen unterschiedlichen Rechtsschutz und kann dies gerechtfertigt werden? Warum wird eine Lebensgemeinschaft, die mehr als zwei Personen umfasst, rechtlich nicht anerkannt, auch wenn die emotionale sowie finanzielle Unterstützung gleich ausgeprägt sein kann wie in einer monogamen Beziehung?

Diese Fragen stellen sich gerade vor dem Hintergrund wesentlicher Änderungen, welche das rechtliche Institut der Ehe in den letzten Jahrzehnten erfuhr. Zu diesen Änderungen zählen die Revision von 2000, welche unter anderem die Schuldfrage bei der Scheidung beseitigte, das Inkrafttreten des Partnerschaftsgesetzes (PartG) im Jahr 2007,

welches dem Eherecht nachempfunden wurde und eine Verrechtlichung von Beziehungen zweier Menschen gleichen Geschlechts ermöglichte, sowie die Anpassung des Namensrechts an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Jahr 2013. Im selben Jahr wurde die parlamentarische Initiative «Ehe für alle» von der Grünliberalen Fraktion eingereicht. Die Annahme der Schlussabstimmung durch den National- sowie den Ständerat fand jedoch erst am 18. Dezember 2020 statt. Da ein Referendum eingereicht wurde, kam es am 26. September 2021 zur eidgenössischen Abstimmung über die «Ehe für alle». Dieser Abstimmungskampf wurde mit Leidenschaft geführt.<sup>1</sup> Bei einer Stimmbeteiligung von 52,60 Prozent hat die Bevölkerung der Änderung des ZGB und somit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare mit 64,10 Prozent zugestimmt.<sup>2</sup> Seit dem 1. Juli 2022 steht somit das rechtliche Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare offen, sei dies durch Heirat oder Umwandlung einer bereits bestehenden eingetragenen Partnerschaft.<sup>3</sup> Eine längst überfällige Anpassung und ein weiterer Schritt in Richtung Gleichberechtigung wurde damit vollzogen.

Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare regt zum Nachdenken an, welche weiteren Beziehungsformen in Zukunft in der Schweiz eine Institutionalisierung erfahren könnten und ob die proklamierte «Ehe für alle» wirklich eine Ehe für «alle» ist. Auch wenn das Geschlecht der Ehegatt\*innen vermeintlich keine Rolle mehr spielt, wirkt das Schweizer Eherecht trotz diesen Fortschritten noch immer limitierend. Zu denken ist insbesondere an die Begrenzung der Ehegemeinschaft auf zwei Personen, was polyamore Beziehungen von der Möglichkeit, eine Ehe einzugehen, ausschliesst. Die folgenden Untersuchungen beziehen sich ausschliesslich und notwendigerweise auf Beziehungen zwischen urteilsfähigen Erwachsenen, welche informiert und freiwillig handeln.<sup>4</sup>

Dieser Artikel greift auf Erkenntnisse der Legal Gender Studies zurück. Mithilfe dieser Ansätze soll im Folgenden aufgezeigt werden, wie das Rechtsinstitut der Ehe *de lege lata* definiert und geschützt wird und welche Erweiterungen *de lege ferenda* erfolgen könnten.

Die Legal Gender Studies zeigen auf, welche historischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Einflüsse auf unser Rechtssystem einwirken, und sie setzen sich kritisch mit Geschlecht und Recht auseinander.<sup>5</sup> So befasst sich dieser Teil der Rechtswissenschaft mit Themen wie Macht, Hierarchien, (De)Konstruktion, Kategorien, Gleichheit, Differenz, Objektivität, Subjektivität, Einheit, Vielfalt, Heteronormativität und Binarität. Im Vordergrund stehen methodische Ansätze, mit welchen das Rechtssystem entlang unterschiedlicher Herrschaftsachsen untersucht wird. Dominierende Rechtsfragen betreffen v. a. die Bereiche Geschlechtsidentität, sexuelle Autonomie, Mehrfachdiskriminierung, Repräsentation, Lohngleichheit, Care-Arbeit,

1 HERZ NADJA, Ein wegweisendes Ja für die Ehe für alle!, in: LOS Lesbenorganisation Schweiz vom 26. September 2021; MÜLLER JAN, Ehe für alle: Hand aufs Herz, wirst du heiraten?, in: Pink Cross Schweizer Dachverband der schwulen und bi Männer\* vom 16. September 2021.

2 Bundeskanzlei BK, Vorlage Nr. 647 Provisorisches amtliches Ergebnis, Bern 2021.

3 Bundesamt für Justiz, Die «Ehe für alle» tritt am 1. Juli 2022 in Kraft, Bern 2021.

4 Vgl. dazu Kapitel 2.1.2.

5 BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien, Eine kommentierte Quellensammlung, Zürich/St. Gallen 2012, S. 13.

häusliche Gewalt, Reproduktions- und Familienfragen, Migration und Flucht.<sup>6</sup> Der Begriff der Legal Gender Studies wurde im deutschsprachigen Raum vor allem durch ELISABETH HOLZLEITHNER<sup>7</sup> geprägt. Auch SUSANNE BAER,<sup>8</sup> Richterin am deutschen Bundesgerichtshof, beeinflusste die Entwicklung dieser Wissenschaftssparte nachhaltig. Aus dem angloamerikanischen Raum sind u. a. KIMBERLÉ WILLIAMS CRENSHAW,<sup>9</sup> welche den Begriff der Intersektionalität bekannt machte, sowie CATHARINE A. MACKINNON,<sup>10</sup> die vor allem im Bereich der sexuellen Belästigung, der Pornografie sowie der Prostitution viele Schriften verfasst hat, als prägende Persönlichkeiten zu nennen. Für die Schweiz sind insbesondere folgende Jurist\*innen für die Fachrichtung der Legal Gender Studies von grosser Bedeutung: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER,<sup>11</sup> ANDREA BÜCHLER,<sup>12</sup> MICHELLE COTTIER,<sup>13</sup> SUSAN EMMENEGGER,<sup>14</sup> REGULA KÄGI-DIENER,<sup>15</sup> JUDITH WYTENBACH.<sup>16</sup> Aber auch ausserhalb der Rechtswissenschaften verortete Wer-

- 
- 6 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 5), S. 13 ff.; BÜCHLER ANDREA, Legal Gender Studies, in: Jusletter vom 5. Januar 2004, Rz. 14 ff.
  - 7 Vgl. HOLZLEITHNER ELISABETH, Recht Macht Geschlecht, Legal Gender Studies, Wien 2002; HOLZLEITHNER ELISABETH, Sexuelle Autonomie zwischen Recht, Macht und Freiheit, Vortragsmanuskript, Vortrag gehalten am 20. Oktober 2004 in Bern.
  - 8 Vgl. BAER SUSANNE, Recht, Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung, Gender-Studien zum Recht, in: Becker Ruth/Kortendiek Beate (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, Theorie, Methoden, Empirie, 2. Aufl., Wiesbaden 2008, S. 547 ff.; MACKINNON CATHARINE/BAER SUSANNE, Gleichheit, realistisch, in: Baer Susanne/Lepsius Oliver/Schönberger Christoph/Waldhoff Christian/Walter Christian (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 67, Tübingen 2019, S. 362 ff.
  - 9 Vgl. CRENSHAW KIMBERLE, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex, A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: University of Chicago Legal Forum 1989/1, S. 139 ff.
  - 10 Vgl. MACKINNON CATHARINE/BAER SUSANNE (Fn. 8), S. 362 ff.; MACKINNON CATHARINE, Pornography as Defamation and Discrimination, in: Boston University Law Review 1991/5, S. 793 ff.; MACKINNON CATHARINE, Sexual Harassment of Working Women, A Case of Sex Discrimination, New Haven/London 1979.
  - 11 Vgl. BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Das behinderte Kind und das schweizerische Verfassungsrecht, in: Sprecher Franziska/Sutter Patrick (Hrsg.), Das behinderte Kind im Schweizer Recht, St. Gallen/Zürich 2006, S. 55 ff.; BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Justitias Waage – wagemutige Justitia?, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann, Genf/Basel 2003.
  - 12 Vgl. BÜCHLER/COTTIER (Fn. 5); BÜCHLER ANDREA, Transsexualität und Namensänderung, in: Zeitschrift für Zivilstandswesen 2006/2, S. 2 ff.; BÜCHLER ANDREA, Islamic law in Europe?, legal pluralism and its limits in European family laws, New York 2011.
  - 13 Vgl. BÜCHLER/COTTIER (Fn. 5); COTTIER MICHELLE, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie, Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2014, S. 4 ff.
  - 14 Vgl. EMMENEGGER SUSAN, Feministische Kritik des Vertragsrechts, Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Freiburg 1999.
  - 15 Vgl. KÄGI-DIENER REGULA, Herausforderung Gender, Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, St. Gallen 2004.
  - 16 Vgl. WYTENBACH JUDITH, Das Kopftuch in der Schweiz, zwischen religiöser Neutralität des Staates, Religionsfreiheit und Diskriminierungsverbot, in: Berghahn Sabine/Nöhring Alexander, Ros-

ke wie «*Gender Trouble*»<sup>17</sup> von JUDITH BUTLER oder «*Le deuxième sexe*»<sup>18</sup> von SIMONE DE BEAUVOIR hatten und haben ihren Einfluss auf Jurist\*innen.

Der vorliegende Beitrag bildet einen Teil der Publikationsreihe zu Legal Gender Studies, welche durch *cognitio* und F.Ius initiiert wurde. Die Workshops von F.Ius im Herbst 2020 dienten als Einführung in die Thematik der Legal Gender Studies. Diese Stunden eröffneten der Autorin dieses Beitrags neue Perspektiven auf unser Rechtssystem sowie auf unsere Welt.

## 1.2 Eingrenzung des Themas

Durch den Blickwinkel der Legal Gender Studies soll aufgezeigt werden, wie die Ehe im geltenden Recht normiert bzw. konstruiert wird. Ebenfalls werden Anknüpfungspunkte für eine Weiterentwicklung aufgezeigt, aufgrund derer polyamore Beziehungen einen umfassenden rechtlichen Schutz erfahren könnten. Hintergrund der Untersuchung bildet die Feststellung, dass trotz einigen Fortschritten bestimmte Beziehungsformen weiterhin nicht im bestehenden Normengefüge Anerkennung erfahren. Der Fokus liegt auf polyamoren Beziehungsformen, bei denen mehr als zwei Personen miteinander verbunden sind.

Grundsätzlich wird nicht auf die religiös motivierte Polygamie sowie die dazugehörigen religiösen Rechtsgrundlagen eingegangen. Ebenso werden grenzüberschreitende Sachverhalte, welche wichtige IPRG-bezogene Fragen aufwerfen, in dieser Publikation nicht behandelt. Eine Untersuchung der Polygamie wirft auch Fragen zu Konstellationen auf, in denen staatlich gesetztes Recht auf religiöses trifft.<sup>19</sup> Diese Fragen sollen hier nicht vertieft werden. Jene Thematiken kommen vereinzelt gleichwohl in diesem Beitrag auf, denn es ist aufgrund der Quellenlage schwierig, eine klare Abgrenzung vorzunehmen. Die Literatur wie auch die Rechtsprechung haben sich nämlich überwiegend mit derartigen Fragestellungen beschäftigt.

## 2 Die Polygamie im schweizerischen Recht

### 2.1 Klärung der Begriffe

#### 2.1.1 Polygamie

Die Polygamie, auch als Vielehe bzw. Mehrehe bezeichnet, setzt sich aus den beiden altgriechischen Wörtern «*poly*» (dt. viel) und «*gamos*» (dt. Ehe) zusammen.<sup>20</sup> Hierbei sind vielfältige Kombinationen möglich, sei dies die Polyandrie (Heirat mehrerer Männer), die Polygynie (Heirat mehrerer Frauen) oder die Polygynandrie (Gruppenehe, wobei die

---

tock Petra (Hrsg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind, Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Bielefeld 2015, S. 101 ff.

17 BUTLER JUDITH, *Gender Trouble, Feminism and the subversion of identity*, New York 1990.

18 DE BEAUVOIR SIMONE, *Le deuxième sexe*, Paris 1949.

19 Diese Thematik wird in Kapitel 2.1.2 am Rande gestreift.

20 Duden, Polygamie.



Geschlechter der Personen mehrfach vertreten sind).<sup>21</sup> Die Polygamie bildet das Gegenstück zur Monogamie, welche im europäischen Kontext vorherrschend und prägend für die Gestaltung des Eherechts ist. In allen europäischen Ländern ist die Ehe rechtlich nur zwischen zwei Personen möglich, in vielen davon nur zwischen einer Frau und einem Mann.<sup>22</sup>

Die Motive zum Führen einer Mehrfachehe sind vielfältig, sei dies aus religiöser Überzeugung bis hin zu polyamorer Lebensführung. Auch ungleiche Geschlechterverhältnisse, das Vermeiden von Landaufteilung im Zusammenhang mit dem Erbrecht sowie das Niedrighalten der Geburtenrate aufgrund prekärer Ernährungslage können Gründe sein, welche oft bei der Polyandrie angeführt werden.<sup>23</sup>

### 2.1.2 Kritik an der Polygamie

Gewisse Personen und Organisationen, die sich ganz bewusst gegen die Polygamie positionieren, gilt es an dieser Stelle zu erwähnen. Dazu gehören u. a. *Terres des Femmes Deutschland*<sup>24</sup> oder indigene Feminist\*innen wie RADEN ADJENG KARTINI.<sup>25</sup> Die Vereinten Nationen haben die Polygamie «als Verletzung der Menschenrechte der Frauen und ihres Rechts auf Würde» bezeichnet.<sup>26</sup> Die Kritik bezieht sich auf spezifische Praktiken der Polygamie. Beanstandet werden hierbei bestimmte religiös fundierte Eheschliessungen. So beschreibt *Terres des Femmes Deutschland* die Polygamie als Diskriminierung der Frau sowie als frauenverachtend.<sup>27</sup> Teils könne das Element der Zwangsverheiratung mit der Polygamie verknüpft sein.<sup>28</sup> Bei der dargelegten Kritik fällt auf, dass sie sich auf die Polygynie<sup>29</sup> bezieht, welche jeweils mit religiösen Motiven verknüpft ist. In Abgrenzung

- 
- 21 BRÄNDLI MAYA, Polyandrie, in: SRF 2 Kultur vom 1. Februar 2017; TERRE DES FEMMES, Menschenrechte für die Frau e. V., Positionspapier von TERRE DES FEMMES – Menschenrechte für die Frau e. V. zu Polygamie in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt 2021, S. 1.
- 22 Europäische Union, Ehe, Brüssel 2022, wonach die Möglichkeit zur Eheschliessung für gleichgeschlechtliche Paare in folgenden EU-Ländern besteht: Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden und Spanien sowie in Island und Norwegen. So steht bspw. in Griechenland, Italien, Kroatien Ungarn und Slowenien gleichgeschlechtlichen Paaren nur eine eingetragene Partnerschaft in je nach Land unterschiedlichen Ausprägungen zur Verfügung; vgl. Rainbow Europe by the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans & Intersex Association, Rainbow Map mit Kriterium «family», Brüssel 2022.
- 23 BRÄNDLI (Fn. 21).
- 24 TERRE DES FEMMES (Fn. 21), S. 1 ff.
- 25 Vgl. KARTINI RADEN ADJENG, Letters of a Javanese Princess, London 1921; SCHLIEKER KERSTIN, Das Feminismus-Buch, München 2020, S. 191, 331.
- 26 TERRE DES FEMMES (Fn. 21), S. 1.
- 27 TERRE DES FEMMES (Fn. 21), S. 2; vgl. für weitere Kritik bezüglich der Gleichberechtigung und der Würde der Frauen: NOWAK MANFRED, in: Nowak Manfred (Hrsg.), U.N. covenant on civil and political rights: CCPR commentary, 2. Aufl., Kehl 2005, Fn. 82 zu Art. 23 UNO-Pakt II; DETHLOFF NINA, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, in: Büchler Andrea/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Private Law – national – global – comparative, S. 409 ff., S. 420 f.
- 28 TERRE DES FEMMES (Fn. 21), S. 2.
- 29 Die Begrifflichkeiten werden im Unterkapitel 2.1 näher erläutert. Bei der Polygynie handelt es sich um jene Form der Polygamie, bei welcher ein Mann mit mehreren Frauen verheiratet ist.

dazu thematisiert dieser Artikel aber bewusst die rechtliche Anerkennung polyamorer Beziehungen.

### 2.1.3 Polyamorie

Polyamorie bezeichnet die Lebensführung, in welcher die Möglichkeit besteht – und auch genutzt wird – zu mehreren Personen eine romantische und/oder sexuelle Beziehung aufzubauen.<sup>30</sup> So führen nicht zwei Menschen eine monogame, exklusive Beziehung, sondern es sind mehr als zwei Personen miteinbezogen. Wie bereits in der Einleitung ausgeführt, handelt es sich hierbei um Beziehungen, in denen sich urteilsfähige Menschen gegenüberstehen und sich dazu entscheiden, ihre Beziehungen als Teil ihrer persönlichen Freiheit in dieser Art und Weise auszuleben.

### 2.1.4 Poly-Kül

Das ganze Beziehungskonstrukt wird oft als Poly-Kül bezeichnet.<sup>31</sup> Es gibt viele verschiedene Varianten, eine Poly-Beziehung zu führen, sei dies mit oder ohne hierarchische Abstufungen der einzelnen Beziehungen. Einige Menschen bezeichnen ihre Partner\*innen als *primary*, *secondary* und *tertiary*, je nach Priorität, Zeit und Intimität. Viele verzichten jedoch bewusst auf eine solche Hierarchisierung und passen ihre Beziehungen fortlaufend der jeweiligen Situation an.<sup>32</sup>

## 2.2 Die Bedeutung der Polygamie als Rechtsinstitut

Doch inwiefern ist die Polygamie als rechtliches Institut notwendig bzw. wünschenswert und welches sind die Beweggründe, sich für die Polygamie zu entscheiden? Warum soll ein solches Rechtsinstitut geschaffen werden bzw. eine Öffnung stattfinden und was wäre der konkrete Nutzen für die Partner\*innen, aber auch für die Gesellschaft?

Das Bedürfnis der Verrechtlichung der jeweiligen Beziehungsform soll jedoch nicht pauschal allen Personen unterstellt werden. Polyamoren Partner\*innenschaften soll somit nicht der Wunsch nach einer Institutionalisierung aufdrängt werden. Die gestellten Fragen nach den individuellen Motiven und Beweggründen können im Rahmen dieses Artikels jedoch offenbleiben. Nichtsdestotrotz sind zahlreiche Situationen vorstellbar, in denen ein Bedürfnis nach rechtlicher Absicherung gegeben ist bzw. vorhanden sein könnte. Je nach Situation kann das Interesse an der Klärung und Regelung der rechtlichen Lage entstehen. Dieses Anliegen kann beispielsweise bei länger anhaltenden Partner\*innenschaften, beim Vorhandensein von (gemeinsamen) Kindern sowie bei der Vermögens-, Nachlass- und Unternehmensnachfolgeplanung entstehen. Aber auch in Bezug auf die Voraussetzungen für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, bei der Adoption und bei der (erleichterten) Einbürgerung kann der Zivilstand eine bedeutende

30 BARINBERG INNA, Mehr ist Mehr, Meine Erfahrung mit Polyamorie, Münster 2020, S. 20 f.

31 BARINBERG (Fn. 30), S. 16 Fn. 2, wonach sich das Wort aus «Polyamorie» und «Molekül» zusammensetzt.

32 BARINBERG (Fn. 30), S. 21 f.; vgl. die Website zur Polyamorie für weitere Informationen und Hinweise, welche von verschiedenen Einzelpersonen und dem Verein für Alternative Beziehungsformen betrieben wird.

Rolle spielen. Weiter kann der Wunsch, sich selbst und seine Lebensform, welche einen Teil der eigenen Identität ausmacht, in einem rechtlichen Institut auszudrücken, angeführt werden.<sup>33</sup> Weitere emotionale Gründe mögen ebenfalls eine Rolle spielen, sei dies das offizielle Verlöbnis, sich vor dem Standesamt das Ja-Wort geben zu können oder die Möglichkeit der Wahl eines gemeinsamen Namens. Die in diesem Artikel gestellte Frage, ob ein Bedürfnis nach rechtlicher Absicherung in polyamoren Partner\*innenschaften allenfalls über das Institut der Ehe befriedigt werden könnte, ist somit keinesfalls rein hypothetischer Natur.

## 2.3 Aktuelle Rechtslage im schweizerischen Kontext

In den folgenden Abschnitten wird die aktuelle Rechtslage zur Polygamie abgebildet. Grundlage der Untersuchung bildet das Verfassungsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Darauf folgend wird dargestellt, wie die bundesgesetzgebende Gewalt das Verfassungsrecht auf Gesetzesstufe umgesetzt hat, wobei der Fokus auf dem Zivil- wie dem Strafrecht liegt. Nach der Untersuchung der geltenden Rechtsnormen werden zusätzlich weitere mögliche juristische Absicherungsmöglichkeiten polyamorer Beziehungen über das Obligationenrecht aufgezeigt.

### 2.3.1 Verfassungsrechtlicher Schutz der Polygamie

Es ist zu untersuchen, ob sich aktuell bereits aus der schweizerischen Bundesverfassung (BV) eine Möglichkeit zur Legalisierung der Polygamie ergibt oder ob die Bundesverfassung selbst das Prinzip der Monogamie auf der Ebene der Verfassung verankert.

Anzuknüpfen ist dafür an das in Art. 14 BV normierte Recht auf Ehe und Familie, welches am ehesten eine Schutzmöglichkeit in der geltenden Rechtsordnung bieten könnte. Für die Prüfung, ob polygame Beziehungen einen Schutz über das Institut der Ehe erfahren können, muss darüber hinaus auch das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV miteinbezogen werden.

Weitere verfassungsrechtliche Normen, welche ausserhalb des Instituts der Ehe einen Schutz von polyamoren Beziehungen bieten, insbesondere Art. 10 Abs. 2 (Schutz der persönlichen Freiheit) und Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre),<sup>34</sup> können im Rahmen der gestellten Forschungsfrage hier beiseitegelassen werden.

#### 2.3.1.1 Definition der Ehe

In Art. 14 BV wird der Begriff der Ehe nicht definiert. Zu beachten ist daher die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches die Ehe als Gemeinschaft zweier Menschen

33 SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», Basel 2013, S. 12: «Nach wie vor ist es für viele Paare ein grosses Bedürfnis, ihrer Beziehung und Verbundenheit durch einen förmlichen Rechtsakt und die dadurch erfolgende Anerkennung durch die staatliche Gemeinschaft ein besonderes Gewicht zu verleihen».

34 REUSSER RUTH E., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014, N 31 zu Art. 14 BV.

mit unterschiedlichem Geschlecht definiert.<sup>35</sup> Diesem Verständnis schliessen sich auch zahlreiche Kommentare<sup>36</sup> und Lehrbücher<sup>37</sup> zur Bundesverfassung an. Einige Autor\*innen halten fest, dass Art. 14 BV von einem «klassischen Ehe- und Familienverständnis»<sup>38</sup> ausgeht, wonach die monogame Verbindung zweier Menschen, oft sogar nur zwischen Frau und Mann, mit dem Begriff der Ehe gemeint sei.<sup>39</sup> In BGE 119 II 264, E. 4b legt das Bundesgericht dar, dass das Institut der Ehe «als solches, so wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht», geschützt wird. Somit kann darauf geschlossen werden, dass das Institut der Ehe durchaus wandelbar ist, wie sich auch die Anschauungen der Bürger\*innen verändern können. Das Recht soll also an die Lebensrealität angepasst und damit verhindert werden, dass Recht und Wirklichkeit auseinanderfallen. Auch REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH vertreten die Ansicht, dass der Ehebegriff «dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen»<sup>40</sup> ist. Anders ausgedrückt in den Worten von PETER UEBERSAX:

«Zumindest mittelfristig erscheint die Notwendigkeit einer Neudefinition der Ehe aufgrund der sozialen Entwicklungen ohnehin wahrscheinlich, wenn nicht unausweichlich».<sup>41</sup>

Im Entscheid BGE 119 II 264 wurde bestätigt, dass «die Ehe als das auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden Lebensgemeinschaft» zu verstehen ist.<sup>42</sup> In BGE 126 II 425 E. 4b) bb) wird ebenfalls auf das «traditionelle Verständnis» abgestellt. Einhergehend mit dieser Entwicklung hielt das Bundesgericht in einem unpublizierten Entscheid aus dem Jahr 2019 fest, dass «die Eingehung einer Zweitehe in Nigeria als eine Verletzung der rechtsstaatlichen Ordnung und der Werte der Bundesverfassung der Schweiz»<sup>43</sup> zu wer-

35 Die Urteile, die hierfür als Beleg dienen, werden im Folgenden noch näher ausgeführt. Letzteres Kriterium der im Text präsentierten Definition der Ehe kann nach dem zustimmenden Resultat zur Ehe-für-alle-Abstimmung nicht mehr gelten.

36 BIAGGINI GIOVANNI, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, N 2 zu Art. 14 BV; AUBERT JEAN-FRANCAIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N 5 zu Art. 14 BV; REUSSER (Fn. 34), N 8 ff. zu Art. 14 BV; UEBERSAX PETER, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 7, 13 zu Art. 14 BV.

37 BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Rz. 103 zu Kap. 2.; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 15.

38 Noch BELSER/WALDMANN (Fn. 37), Rz. 103 zu Kap. 2 in der 1. Auflage, 2012, nun aber in der 2. Auflage, 2021, Rz. 103 zu Kap. 2 Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare.

39 Noch BELSER/WALDMANN (Fn. 37), Rz. 92 zu Kap. 2 in der 1. Auflage, 2012, nun aber in der 2. Auflage, 2021, Rz. 103 zu Kap. 2 Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.

40 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 37), Rz. 11 zu § 15; ebenso UEBERSAX (Fn. 36), N 7 zu Art. 14 BV.

41 UEBERSAX (Fn. 36), N 14 zu Art. 14 BV.

42 BGE 119 II 264 E. 4b S. 267.

43 Urteil des BGer 2C\_237/2019 vom 18. September 2019, E. 4.3; vgl. Kapitel 1.2, worin diese Kollision zwischen unterschiedlichen Eheverständnissen bereits angesprochen wurde.

ten ist und dass die Monogamie zu den «*Grundprinzipien der Schweizer Rechtsordnung*»<sup>44</sup> gehört. Ebenso lässt sich folgende Passage in einem höchstrichterlichen Urteil finden:

«Die Aufnahme und Aufrechterhaltung einer Parallelbeziehung während der Dauer der Ehe ist im Grundsatz nicht vereinbar mit dem Erfordernis einer stabilen, auf die Zukunft ausgerichteten Gemeinschaft».<sup>45</sup>

Hierbei handelte es sich jedoch um einen Fall, in welchem diese zweite Beziehung nicht mit der Zustimmung der (ersten) Ehefrau gelebt wurde.

Im Folgenden stellt sich die Frage, wie dieser Wandel im Institut der Ehe vollzogen werden soll, sei dies über die gesetzgebende Gewalt oder durch Auslegung der Verfassung. Zunächst wird die Institutsgarantie von Art. 14 BV untersucht, wobei auch Art. 8 BV miteinbezogen wird, da jener für die Ausgestaltung und Auslegung des Rechts von grosser Bedeutung ist.

### 2.3.1.2 Die Institutsgarantie von Art. 14 BV

Auf der Grundlage der staatlichen Gewährleistungspflicht aus Art. 14 BV – der Institutionsgarantie – wird dem Gesetzgeber gemäss der untersuchten Literatur nicht ermöglicht, das Schutzobjekt auf weitere Lebensformen auszuweiten.<sup>46</sup> Der St. Galler Kommentar statuiert explizit, dass die gesetzgebende Gewalt nicht die Polygamie einführen dürfe.<sup>47</sup> Folgender Satz lässt sich im besagten Kommentar lesen:

«Er [der Gesetzgeber; die gesetzgebende Gewalt] darf zudem weder eine polygame Ehe einführen noch die Ehe als rein obligationenrechtlichen Vertrag verstehen, der durch *contrarius actus* und vereinbarte Kündigungsrechte aufgelöst wird, noch z. B. sie im Gesetz befristen, so dass der Wille zur Lebensgemeinschaft nach Ablauf dieser Frist erneuert werden muss».<sup>48</sup>

Weiter wird jedoch auch erwähnt, dass die Veränderungen der Gesellschaft eine Auswirkung auf die Gestaltung der Ehe haben können sowie dass Art. 8 BV<sup>49</sup> zu beachten sei bei ebenjener Ausgestaltung.<sup>50</sup>

### 2.3.1.3 Der Begriff der Ehe im völkerrechtlichen Kontext

Ebenfalls in Art. 12 EMRK und Art. 23 UNO-Pakt II wird von der Verschiedengeschlechtlichkeit der beiden Ehegatt\*innen ausgegangen.<sup>51</sup> Art. 23 UNO-Pakt II weist jedoch einen weiteren Anwendungsbereich bezüglich des Schutzobjektes auf, denn es wird gemäss MANFRED NOWAK nicht nur die monogame Ehe geschützt.<sup>52</sup> Er nennt exemplar-

44 Urteil des BGER 2C\_237/2019 vom 18. September 2019, E. 4.3.

45 Urteil des BGER 1C\_309/2011 vom 5. September 2011, E. 4.1.

46 REUSSER (Fn. 34), N 24 zu Art. 14 BV.

47 REUSSER (Fn. 34), N 24 zu Art. 14 BV.

48 REUSSER (Fn. 34), N 24 zu Art. 14 BV.

49 Die Bedeutung von Art. 8 BV wird in Kapitel 2.3.1.4 ausführlicher untersucht.

50 REUSSER (Fn. 34), N 24 zu Art. 14 BV.

51 REUSSER (Fn. 34), N 8 zu Art. 14 BV.

52 NOWAK (Fn. 27), N 2 zu Art. 23 UNO-Pakt II.

isch «*the extended family common in African cultures*». <sup>53</sup> Die in einem Vertragsstaat anerkannten Ehehindernisse und -verbote sind jedoch zulässig, wobei NOWAK hier nicht nur auf die Verwandtschaft sowie die Schwägerschaft eingeht, sondern auch auf die Polygamie, und dies, obwohl die Polygamie in einer Reihe von Staaten weiterhin ausdrücklich anerkannt ist. <sup>54</sup>

UEBERSAX weist im Basler Kommentar explizit daraufhin, dass es weltweit noch weitere «Eheformen» <sup>55</sup> gibt und zählt hierbei die rein sakrale, die gleichgeschlechtliche sowie die polygame Ehe auf. <sup>56</sup> Zudem spricht er ausdrücklich von der «europäischen und westlichen Kultur» <sup>57</sup>, womit er zu erkennen gibt, dass unser Recht ein Produkt ebenjener Kultur ist. Aber auch dieser Autor kommt am Ende des Textabschnittes zu möglichen Neudefinitionen der Ehe ohne weitergehende Begründung zum Schluss, dass aus Art. 14 BV (noch) nicht neue Eheformen abgeleitet werden können bzw. dass (noch) kein Anspruch auf Einführung solcher besteht. <sup>58</sup>

Nach der Ansicht von UEBERSAX können aber einige Rechtswirkungen wie die Unterstützungspflicht oder Erbansprüche von im Ausland rechtswirksam geschlossenen Mehrfachehen nicht automatisch aberkannt werden. <sup>59</sup> Weiter nennt er dann aber Art. 215 StGB <sup>60</sup> als Grenze der Anerkennung im Internationalen Privatrecht. <sup>61</sup>

### 2.3.1.4 Die Bedeutung von Art. 8 BV

Die gesetzgebende Gewalt hat bei der Ausgestaltung des (Ehe-)Rechts insbesondere Art. 8 BV zu beachten. <sup>62</sup> Art. 8 Abs. 1 BV enthält einen Sozialgestaltungsauftrag, welcher eine rechtliche Gleichbehandlung bzw. Differenzierung nicht nur zulässt, sondern sogar gebietet. <sup>63</sup> Das Egalisierungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt Chancengleichheit, auch «hinsichtlich der Verwirklichung von Lebensvorstellungen», <sup>64</sup> und richtet sich an die gesetzgebende Gewalt. Das Egalisierungsgebot ist jedoch weitgehend programmatischer Natur, <sup>65</sup> weshalb keine entsprechende Gesetzgebung eingeklagt werden kann. Der institutionelle Ausdruck der Zusammengehörigkeit polyamorer Beziehungen lässt sich unter die soeben genannte Verwirklichung von Lebensvorstellungen subsumieren. Das

53 NOWAK (Fn. 27), N 2 zu Art. 23 UNO-Pakt II.

54 NOWAK (Fn. 27), N 32 zu Art. 23 UNO-Pakt II.

55 UEBERSAX (Fn. 36), N 7 zu Art. 14 BV.

56 UEBERSAX (Fn. 36), N 7 zu Art. 14 BV.

57 UEBERSAX (Fn. 36), N 7 zu Art. 14 BV m. w. H. zum Verständnis von Ehe und Familie.

58 UEBERSAX (Fn. 36), N 14 zu Art. 14 BV.

59 UEBERSAX (Fn. 36), N 26 zu Art. 14 BV.

60 Vgl. Kapitel 2.3.3. Bei Art. 215 StGB handelt es sich um die Strafnorm der Mehrfachehe bzw. der mehrfachen Eintragung einer Partnerschaft.

61 UEBERSAX (Fn. 36), N 28 zu Art. 14 BV.

62 REUSSER (Fn. 34), N 24 zu Art. 14 BV.

63 WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 43 zu Art. 8 BV; vgl. für Situationen, in denen eine Gleichbehandlung bzw. eine Differenzierung geboten ist: «[D]ass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist», aus BGE 105 V 280 E. 3b.

64 WALDMANN (Fn. 63), N 43 zu Art. 8 BV.

65 WALDMANN (Fn. 63), N 43 zu Art. 8 BV.

Egalisierungsgebot würde somit für eine Legalisierung der Polygamie, also für die Verwirklichung von Chancengleichheit unterschiedlicher Beziehungsformen sprechen. Eine solche Verrechtlichung lässt sich aber gemäss der untersuchten Literatur, wie bereits dargelegt, nicht justiziabel durchsetzen.<sup>66</sup> Somit lässt sich zu Art. 8 Abs. 1 BV sagen, dass es sich hierbei um einen zusätzlichen, aber nicht justiziablen Anknüpfungspunkt für die Öffnung der Ehe handelt.

### 2.3.1.5 Summarische Prüfung betreffend das allfällige Vorliegen einer Diskriminierung

Auf der Ebene der Verfassung ist in Art. 8 Abs. 2 BV das allgemeine Diskriminierungsverbot verankert, welches sich über Art. 35 Abs. 2 BV auch an Träger\*innen staatlicher Aufgaben richtet. Diese Akteur\*innen sind an die Grundrechte gebunden und zudem verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen.<sup>67</sup> Die Rechtsetzung lässt sich zu den zentralen staatlichen Aufgaben zählen.<sup>68</sup> Dies wirft somit die Frage nach einer Diskriminierung heiratswilliger Partner\*innen in polyamoren Beziehungen in der schweizerischen Rechtsetzung bzw. in der Rechtsordnung auf.

Die Lebensform ist eine in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählte Kategorie und stellt in der Lehre ein «sensibles Merkmal» dar.<sup>69</sup> Hierzu lässt sich sagen, dass eine Unterscheidung anhand der Lebensform, welche grundrechtlichen Schutz genießt, nur mit qualifizierten Gründen gerechtfertigt werden kann.<sup>70</sup> Das polyamore Zusammenleben wird durch die BV in Art. 8 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 13 (grundrechtlich) geschützt.<sup>71</sup>

Ob eine Diskriminierung<sup>72</sup> in der Rechtsetzung vorliegt, da polyamore Beziehungen keinen Zugang zum Institut der Ehe haben, wird im Folgenden summarisch geprüft.<sup>73</sup>

Erfolgt eine Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal wie z. B. die Lebensform, dann erweckt dies den Verdacht der unzulässigen Differenzierung, welche einer qualifizierten Rechtfertigung bedarf.<sup>74</sup> Damit Art. 8 Abs. 2 BV nicht verletzt ist, müssen folglich gleiche

66 Vgl. Kapitel 2.3.1.2.

67 WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 30 zu Art. 35 BV.

68 WALDMANN (Fn. 67), N 30 zu Art. 35 BV.

69 WALDMANN (Fn. 63), N 51 zu Art. 8 BV.

70 WALDMANN (Fn. 63), N 62 ff. zu Art. 8 BV.

71 REUSSER (Fn. 34), N 31 zu Art. 14 BV.

72 Nach BGE 139 I 292 E. 8.2.1, S. 303 liegt eine Diskriminierung vor, «wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV».

73 Hierbei soll noch einmal betont werden, dass es sich lediglich um eine summarische Prüfung handelt, wobei dieses Thema eine eigene Arbeit verdienen würde. Vollständigkeithalber und um den Gedankengang besser nachvollziehen zu können, wird diese beschränkte Prüfung hier aufgeführt.

74 BIACCINI (Fn. 36) N 22 zu Art. 8 BV; WALDMANN (Fn. 63), N 65, 87 zu Art. 8 BV.

Sachverhalte rechtsgleich behandelt werden.<sup>75</sup> Das Vorliegen eines gleichen Sachverhaltes kann m. E. bejaht werden, denn im Fall einer monogamen sowie einer polyamoren Beziehung kann der Wille bestehen, eine Lebensgemeinschaft zu begründen. Was in diesen Fällen unterschiedlich ist, ist lediglich die Anzahl der betroffenen Personen, die einen solchen Wunsch äussern. Scheinbar hat diese Personenanzahl ein so grosses Gewicht, dass die gesetzgebende Gewalt von ungleichen Sachverhalten ausgeht. Dies lässt sich jedoch nicht sachlich rechtfertigen, denn der Anzahl der Personen in einer umfassenden Lebensgemeinschaft kann kein so bedeutendes Gewicht zu kommen. So wirkt das Netzwerk der Fürsorge bei monogamen wie auch bei polyamoren Beziehungen gleich stark und verlangt eine rechtliche Gleichbehandlung.<sup>76</sup>

Weiter würde sich bei einer allfälligen Rechtfertigung zudem die Frage der triftigen Gründe als Rechtfertigung einer Diskriminierung stellen. Solche Gründe, die gegen die Legalisierung der Polygamie sprechen könnten, wären exemplarisch die kulturelle Verankerung der Monogamie im europäischen Raum, die Ordnungsinteressen, aber auch die komplexen Änderungen, die in unserem Rechtssystem vorgenommen werden müssten. Diese Gründe vermögen m. E. keine qualifizierte Rechtfertigung für die vorliegende Diskriminierung zu sein, denn die gegenüberstehenden Interessen überwiegen. Die Interessen an der Legalisierung der Polygamie spielen zudem eine bedeutende Rolle bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, auf welche in diesem Artikel aber nicht weiter eingegangen wird.<sup>77</sup> Kurz gefasst lässt sich aber sagen, dass auch in diesem Fall die Betroffenen von einer Legalisierung profitieren würden, geht es doch ganz allgemein um die Anerkennung des rechtlichen Schutzes.<sup>78</sup>

Weiter muss hinzugefügt werden, dass sich an der Möglichkeit, eine monogame Ehe zu führen, nichts ändern würde. Dies wäre nach wie vor möglich und würde wohl auch die in der Mehrheit bevorzugte Beziehungsform bleiben. Ebenfalls wäre die Öffnung der Ehe ein Beitrag zur Förderung der Toleranz gegenüber Lebensformen, die nicht der Lebensweise der Mehrheit entsprechen.<sup>79</sup>

Ein Interesse des Staats, ein Rechtsinstitut für Menschen zu schaffen, die sich gegenseitig in guten wie in schlechten Zeiten unterstützen möchten, kann in der Entlastung der staatlichen Finanzen liegen. Die Fürsorgepflicht wird somit rechtlich unter den Privaten verankert, im Fall der Polygamie wäre es sogar noch mehr als eine einzige Person,

---

75 WALDMANN (Fn. 63), N 28 zu Art. 8 BV.

76 Ausführlicher in Kapitel 2.3.1.6.

77 Vgl. Kapitel 1.2 sowie BODENSCHATZ GABRIELLE, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021, N 27 zu Art. 45 IPRG; DÄPPEN ROBERT K./MABILLARD RAMON, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021, N 5 zu Art. 27 IPRG; BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliebene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, in: FamPra.ch 2013/1, S. 33 ff., S. 45; DETHLOFF (Fn. 27), S. 415, 422 f.

78 Vgl. ähnlich UEBERSAX (Fn. 36), N 26, 56 zu Art. 14 BV.

79 Vgl. Belege für die Toleranzförderung in Bezug auf die Legalisierung von Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren m. w. H.: Nationales Komitee Ehe für alle, Argumentarium – Ja zur Ehe für alle am 26. September 2021, Bern 2021, S. 3 ff.



auf welche diese Pflicht übertragen würde. Somit würden die Förderung der Verantwortung untereinander sowie der Schutz der Beteiligten erreicht.<sup>80</sup>

Momentan wird ausserdem die Möglichkeit des Ausdrucks der Persönlichkeit und der Identität im Zivilstand verwehrt. Es ist polyamoren Partner\*innen nicht möglich, ihre gegenseitige Verbundenheit (gegenüber mehreren Personen) in ihrem Zivilstand auszudrücken.<sup>81</sup>

### 2.3.1.6 Kritik an der Definition der Ehe

Das Bundesgericht geht von der oben dargelegten Definition der traditionellen Ehe aus.<sup>82</sup> Kritisch ist, dass in diesem Zusammenhang nicht auf weitere Eheformen eingegangen wird, die sich weltweit antreffen lassen. Im Zentrum steht allein die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zweier Menschen, nach der engeren Auffassungen alleine zwischen Frau und Mann, welche jedoch aufgrund der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz widerlegt sein dürfte.

Gemäss der untersuchten Lehre kann das Schutzobjekt von Art. 14 BV nicht ausgeweitet werden, was gegen eine Legalisierung der Polygamie sprechen würde. Weiter wird in den ausgewerteten Quellen jedoch argumentiert, dass der Ehebegriff wandelbar ist.

Vor dem Hintergrund einer Untersuchung aus dem Blickwinkel der Legal Gender Studies drängt sich die Frage auf, ob die Polygamie tatsächlich einen fundamentalen Unterschied zur bereits rechtlich anerkannten Beziehung zwischen zwei Personen aufweist. Mit anderen Worten lässt sich fragen, ob die Polygamie unter den Ehebegriff subsumiert werden könnte oder ob es sich bei der Polygamie um ein von der Ehe zu unterscheidendes Schutzobjekt handelt. In diesem Artikel wird für Ersteres argumentiert. Eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft muss nicht notwendigerweise das rechtliche Wesensmerkmal «zwei Personen» aufweisen. Es ist daher unklar, warum eine Lebensgemeinschaft, welche beispielsweise drei oder vier Personen umfasst, rechtlich nicht anerkannt wird. Für diese Sichtweise lassen sich folgende Argumente anführen:

Mehrere Personen können sich einander genauso gut wie zwei Personen «Treue und Beistand» schulden, wie es in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Ehegatt\*innen in Art. 159 Abs. 3 ZGB verlangt wird. Denn hierbei handelt es sich ebenfalls um Personen, bei denen eine *gegenseitige affektive Zuwendung mit dem Plan gemeinsamer Lebensgestaltung*<sup>83</sup> vorliegt.

Aber auch die faktische Lebensrealität, welche einen Einfluss auf die Auslegung hat, lässt eine Kritik am Ehebegriff zu. Rein funktionell stellen monogame sowie polyamo-

80 COPUR EYLEM, Partnerschaft und Familie, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, S. 385 ff., S. 386.

81 Dies könnte sich allenfalls unter Art. 10 Abs. 2 BV als Schutz elementarer Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung subsumieren lassen. Vgl. BIAGGINI (Fn. 36), N 22 zu Art. 10 BV; TSCHENTSCHER AXEL, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 32 zu Art. 10 Abs. 2 BV für weitere Ausführungen zu diesem Aspekt.

82 Vgl. Kapitel 2.3.1.1.

83 Mit den Worten von SCHWANDER IVO, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 4 zu Art. 159 ZGB.

re Beziehungen gleichermaßen ein Netzwerk der Fürsorge dar. Es rechtfertigt sich somit auch nicht auf soziologischer und psychologischer Ebene, Beziehungsformen in Bezug auf das Kriterium der Anzahl verbundener Personen zu unterscheiden. Der Sinn und Zweck einer Ehe, verstanden in Abwandlung der Definition des Bundesgerichts als «auf Dauer angelegte[s] Zusammenleben [...] in einer umfassenden Lebensgemeinschaft»,<sup>84</sup> könnte ebenfalls bei einer Mehrzahl von Personen gegeben sein. Die Möglichkeit der Erfüllung der gegenseitigen Beistandspflichten sowie die emotionale und finanzielle Unterstützung könnten hierbei sogar noch umfassender als in einer Zweierbeziehung sein.

Richtigerweise muss auf der Grundlage des Dargelegten gelten, dass auf Verfassungsebene eine Beschränkung des Instituts der Ehe auf zwei Personen nicht gerechtfertigt werden kann. Dies ergibt sich aufgrund rechtlicher Anknüpfungspunkte sowie der Verankerung in der Lebenswirklichkeit. Das Prinzip der Monogamie lässt sich m. E. in einen Leitsatz der Fürsorge umformulieren, was sich nach wie vor noch mit dem Kerngedanken der Ehe vereinbaren lässt. Dieser Kern umfasst die gegenseitige Fürsorge und dass man einander als gleichberechtigte Partner\*innen respektiert, achtet und unterstützt. Dies umfasst aber nicht begriffsnotwendig die Limitierung auf zwei Personen. Bei einer Mehrzahl an Personen ergibt sich ein Netzwerk der Fürsorge und des Beistandes.

### 2.3.1.7 Art. 190 BV als weiteres Hindernis

Art. 190 BV schränkt die derogatorische Kraft der Bundesverfassung ein und kann somit als ein weiteres Hindernis angesehen werden, auch wenn sich durch Verfassungsklausel<sup>85</sup> ergibt, dass eine Legalisierung der Polygamie möglich bzw. sogar geboten ist. Art. 190 BV hält fest, dass Bundesgesetze und Völkerrecht stets anzuwenden sind, auch in dem Fall, in dem sie sich als verfassungswidrig erweisen.<sup>86</sup> Diese Norm enthält somit ein Anwendungsgebot, aber kein Prüfungsverbot. Mit anderen Worten: Rechtsanwendende Behörden dürfen die Verfassungswidrigkeit feststellen.<sup>87</sup>

Aufgrund von Art. 122 BV liegt es an der eidgenössischen Legislative, die entsprechenden gesetzlichen Regelungen zur Polygamie zu verabschieden, da die Gesetzgebung im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist.<sup>88</sup> Die gesetzlichen Normen zur Polygamie zählen zum Zivilrecht und deswegen unterliegen sie der umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes.<sup>89</sup>

84 BGE 119 II 264 E. 4b S. 267.

85 Vgl. zur Auslegung der Bundesverfassung HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 75 ff.

86 EPINEY ASTRID, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 21 zu Art. 190 BV; HANGARTNER YVO/LOOSER MARTIN E., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014, N 6 f., 13 f. zu Art. 190 BV.

87 EPINEY (Fn. 86), N 25, 35 zu Art. 190 BV, HANGARTNER/LOOSER (Fn. 86), N 11 zu Art. 190 BV.

88 LEUENBERGER CHRISTOPH, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014, N 4 zu Art. 122 BV; BIAGGINI (Fn. 36), N 2 zu Art. 122 BV.

89 LEUENBERGER (Fn. 88), N 4 f. zu Art. 122 BV; BIAGGINI (Fn. 36), N 2 zu Art. 122 BV.

Die vorangehenden Überlegungen betrafen das aktuell geltende Schweizer Verfassungsrecht. Weiter lässt sich aber auch fragen, ob es für die Legalisierung der Polygamie einer Verfassungsänderung bedarf oder ob diese Änderung sich auf Gesetzesstufe vollziehen könnte, wobei im vorliegenden Artikel die letzte Ansicht vertreten wird.

## 2.3.2 Rechtslage im schweizerischen Zivilrecht

### 2.3.2.1 Die Rechtslage im ZGB

Der bisher geltende Art. 94 Abs. 1 ZGB zur Ehefähigkeit im schweizerischen Eherecht lautete: *«Um die Ehe eingehen zu können, müssen die Brautleute das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sein.»* Aufgrund der Annahme der Abstimmung zur «Ehe für alle» lautet der Artikel zur Ehefähigkeit seit 1. Juli 2022 wie folgt: *«Die Ehe kann von zwei Personen eingegangen werden, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sind.»*

Es ist interessant zu sehen, dass nun durch diesen neuen Wortlaut des ZGB das Wort «zwei» explizit ausformuliert wird. Dies zementiert weiterhin die Vorstellung der gesetzgebenden Gewalt, dass es sich bei der Ehe um eine Beziehung von zwei Personen handelt.

Art. 96 ZGB normiert das zivilrechtliche Verbot der Polygamie. Wird eine weitere Ehe eingegangen, dann liegt ein Ungültigkeitsgrund nach Art. 105 Ziff. 1 ZGB vor.<sup>90</sup> Wenn die erste Ehe nach der zweiten Eheschliessung aufgelöst wird, z. B. durch Tod oder Verschollenerklärung, fällt jener Grund nachträglich weg und die zweite Ehe bleibt gültig.<sup>91</sup> Das Prinzip der Monogamie wird im ZGB somit durch mehrere Artikel verankert und entspricht somit der Institutsgarantie von Art. 14 BV, so wie sie von Lehre und Rechtsprechung definiert wird.

Die Wirkungen der Eheschliessungen sind in Art. 159 ff. ZGB geregelt. Der einleitende Art. 159 ZGB wird als Grundnorm der ehelichen Gemeinschaft verstanden.<sup>92</sup> Aus Art. 159 Abs. 3 ZGB lassen sich sowohl materielle (z. B. Unterhaltsleistungen, die über Art. 163 ZGB hinausgehen, gegenseitige Pflege im Krankheitsfall etc.) wie immaterielle Beistandspflichten (z. B. mit Rat und Trost zur Seite stehen, nach aussen für die andere Person Position beziehen etc.) ableiten.<sup>93</sup> Für die weiteren Rechtswirkungen einer Ehe – z. B. Name, Bürgerrecht, Unterhalt der Familie und Erbrecht – wird auf die entsprechenden Artikel sowie die dazugehörigen Kommentierungen und die Rechtsprechung verwiesen.

### 2.3.2.2 Die Rechtslage im PartG

Durch die Volksabstimmung vom 26. September 2021 wurde der Gegenstand des PartG in die Regelung zur Wirkung, zur Auflösung und zur Umwandlung in eine Ehe, umgewandelt und die Art. 2 bis 8 PartG, welche die Eintragung der Partnerschaft regelten, aufgehoben. Somit können seit dem 1. Juli 2022 keine neuen Partnerschaften mehr eingetragen werden. Um aufzuzeigen, dass das Prinzip der Monogamie auch im PartG stark

90 MONTINI MICHEL/GRAF-GAISER CORA, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 3 zu Art. 96 ZGB.

91 MONTINI/GRAF-GAISER (Fn. 90), N 3 zu Art. 96 ZGB.

92 SCHWANDER (Fn. 83), N 1 zu Art. 159 ZGB.

93 SCHWANDER (Fn. 83), N 12 ff. zu Art. 159 ZGB.

verankert war, befassen sich die folgenden Abschnitte mit dem rechtlichen Rahmen, den die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlichen Paaren geboten hat.

In der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 wurde, nachdem das Referendum gegen das Partnerschaftsgesetz ergriffen worden war, jenes mit 58,00 Prozent Ja-Stimmen angenommen; es trat schliesslich am 1. Januar 2007 in Kraft.<sup>94</sup> Mit dem PartG wurde ein separater Zivilstand («in eingetragener Partnerschaft», Art. 2 Abs. 3 PartG) geschaffen.<sup>95</sup> Der eigene Zivilstand hat neben dem anerkennenden Effekt jedoch auch eine gewisse Offenlegung zur Folge, welche zu Diskriminierung, z. B. im Bewerbungsprozess um eine Arbeitsstelle, führen kann.<sup>96</sup> Die Botschaft aus dem Jahr 2002 besagt zudem ausdrücklich, dass sich die eingetragene Partnerschaft im Gegensatz zur Ehe «nicht auf eine Tradition abstützen»<sup>97</sup> kann.

Die Schaffung einer eingetragenen Partnerschaft ermöglicht es, die «*monogame, umfassende und auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft*»<sup>98</sup> zweier Personen des gleichen Geschlechts zu verrechtlichen. Sie wurde als ein paralleles Rechtsinstitut des Familienrechts zur Ehe gedacht; demgegenüber lassen sich dennoch gewichte Unterschiede zur Ehe finden.<sup>99</sup> Zu nennen sind: kein rechtlich relevantes Verlöbnis, keine Trauung vor dem Zivilstandesamt, kein gemeinsamer Name, kein gemeinsames Bürgerrecht, Gütertrennung als ordentlicher Güterstand, kein Zugang zur Adoption und zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, keine erleichterte Einbürgerung für die\*den Partner\*in.<sup>100</sup>

Art. 2 Abs. 1 PartG sowie die Botschaft nannten ganz klar, dass nur zwei gleichgeschlechtliche Personen – also keine verschiedengeschlechtlichen Paare, Lebensgemeinschaften bestehend aus Geschwistern oder sonstige Wohngemeinschaften – die eingetragene Partnerschaft in Anspruch nehmen könnten.<sup>101</sup>

Art. 26 PartG sowie Art. 4 Abs. 2 PartG, beide seit dem 1. Juli 2022 aufgehoben, zeigten den «institutionellen Charakter der eingetragenen Partnerschaft»<sup>102</sup> auf, indem festgelegt wurde, dass ein Nebeneinander von Ehe und eingetragener Partnerschaft nicht möglich war.<sup>103</sup> Es wurde somit dem Prinzip der Monogamie gefolgt.<sup>104</sup> Wenn trotz Be-

94 Bundeskanzlei BK, Volksabstimmung vom 05.06.2005, Bern 2021.

95 GEISER THOMAS, in: Geiser Thomas/Gremper Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, N 15 zu Art. 1 PartG, Art. 2 PartG.

96 Bundesamt für Justiz, PartG, Fakten und Zahlen des BJ, Bern 2008, S. 27, 30 «Angst vor Diskriminierung/Stigmatisierung».

97 Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288, S. 1329.

98 GEISER (Fn. 95), N 5 zu Art. 1 PartG, Art. 2 PartG.

99 GEISER (Fn. 95), N 4 zu Art. 1 PartG, Art. 2 PartG; BÜCHLER ANDREA, in: BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006, N 3 zu Art. 1 PartG.

100 PULVER BERNHARD, in: Geiser Thomas/Gremper Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz Zürich 2007, N 46 zu Einleitung.

101 Bundesrat (Fn. 97), S. 1329.

102 BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, in: BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006, N 1 zu Art. 26 PartG.

103 BÜCHLER/MICHEL (Fn. 102), N 1 f. zu Art. 26 PartG; BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT (Hrsg.), in: BÜCHLER ANDREA (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006, N 6 zu Art. 4 PartG.

104 BÜCHLER/MICHEL (Fn. 103), N 6 zu Art. 4 PartG; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 102), N 1 zu Art. 26 PartG.

stehen einer eingetragenen Partnerschaft eine Ehe geschlossen wurde, lag ebenfalls ein Ungültigkeitsgrund nach Art. 105 ZGB per analogiam vor, obwohl die Verletzung von Art. 26 PartG in der abschliessenden Liste nicht ausdrücklich aufgezählt wurde.<sup>105</sup>

### 2.3.3 Rechtslage im schweizerischen Strafrecht

Weiter ist das Strafrecht für die Untersuchung der Rechtslage de lege lata relevant, da dort über die Strafbarkeit der Polygamie entschieden wird. Art. 215 StGB mit der Marginalie «Mehrfache Ehe oder eingetragene Partnerschaft» bildet die Verbotsnorm im schweizerischen Strafrecht, welche im 6. Titel zu den Verbrechen und Vergehen gegen die Familie zu finden ist. Das Institut der monogamen Ehe bzw. der eingetragenen Partnerschaft wird als Rechtsgut geschützt.<sup>106</sup>

Das strafbare Verhalten ist die verbotene doppelte Heirat bzw. eingetragene Partnerschaft.<sup>107</sup> Es handelt sich somit um ein schlichtes Tätigkeits- und Zustandsdelikt.<sup>108</sup> Wer folglich bereits eine oder mehrere Ehen in einem Land, in dem Polygamie erlaubt ist, geschlossen hat und in der Schweiz eine weitere Ehe schliessen oder eine eingetragene Partnerschaft eintragen will, macht sich nach Art. 215 StGB strafbar.<sup>109</sup> Hierbei könnte allenfalls ein Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB bejaht werden.<sup>110</sup> Wenn eine Person, welche in der Schweiz bereits eine Ehe geschlossen oder eine Partnerschaft eingetragene hat, im Ausland eine weitere Ehe oder Partnerschaft eingeht, macht sie sich in der Schweiz nur nach Art. 215 StGB strafbar, wenn eine doppelte Strafbarkeit nach Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB gegeben ist.<sup>111</sup>

Des Weiteren handelt es sich um ein Vorsatzdelikt, wobei ein Eventualvorsatz genügt. Bei gegebenem Sachverhalt kann sich der Täter auf einen Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB berufen.<sup>112</sup>

Die\*der Partner\*in, die\*der noch nicht verheiratet oder nicht in einer eingetragenen Partnerschaft ist, macht sich ebenfalls nach Art. 215 StGB als Mittäter\*in strafbar.<sup>113</sup>

### 2.3.4 Zwischenfazit

Das schweizerische Zivilrecht bietet nicht nur keinen rechtlichen Rahmen für die Polygamie, sondern das Strafrecht kriminalisiert sogar die Mehrfachheirat bzw. die mehrfache Eintragung einer Partnerschaft. Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage,

105 BÜCHLER/MICHEL (Fn. 102), N 5 zu Art. 26 PartG.

106 TRECHSEL STEFAN/ARNAIZ PABLE, in: Trechsel Stefan (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1 zu Art. 215 StGB.

107 Hierbei gilt zu beachten, dass seit dem 1. Juli 2022 keine neuen Partnerschaften mehr eingetragen werden können.

108 MIGNOLI MARCO, in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, N 4 zu Art. 215 StGB.

109 ECKERT ANDREAS, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, 4. Aufl., 2019 Basel, N 12 zu Art. 215 StGB.

110 ECKERT (Fn. 109), N 12 zu Art. 215 StGB.

111 MIGNOLI (Fn. 108), N 2 zu Art. 215 StGB.

112 MIGNOLI (Fn. 108), N 5 zu Art. 215 StGB.

113 TRECHSEL/ARNAIZ (Fn. 106), N 3 zu Art. 215 StGB.

welche anderen rechtlichen Ausgestaltungen für polyamore Partner\*innen infrage kommen, um ihre Beziehungen rechtlich abzusichern.

### 2.3.5 Obligationenrechtliche Absicherungen polyamorer Beziehungen

Neben der Inanspruchnahme staatlich geschaffener Rechtsinstitute besteht die Möglichkeit, eigene Verträge auf obligationenrechtlicher Basis auszugestalten. Somit können einzelne Aspekte zwischenmenschlicher Beziehungen vertraglich abgesichert werden, jedoch werden auch solchen Vorhaben rechtliche Grenzen gesetzt.

#### 2.3.5.1 Die Privatautonomie und ihre Grenzen

Im Rechtsgebiet des Privatrechts gilt das Prinzip der Privatautonomie, «*wonach jedermann [jede\*r] seine [\*ihre] Rechtsverhältnisse grundsätzlich nach eigenem Willen gestalten kann*». <sup>114</sup> Ein wesentlicher Aspekt dessen ist die Vertragsfreiheit, welche unter anderem folgende Freiheiten zusammenfasst: Abschluss-, Partner\*innenwahl-, Inhalts-, Form- sowie die Aufhebungs- bzw. Abänderungsfreiheit. <sup>115</sup> Art. 19 Abs. 1 OR hält ausdrücklich die Inhaltsfreiheit fest. <sup>116</sup> Jene wird durch Art. 19 Abs. 2 und 20 OR eingeschränkt, welche fünf Kontrollkriterien beinhalten: die Widerrechtlichkeit/das zwingende Recht, der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die Sittenwidrigkeit, die Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die Unmöglichkeit. <sup>117</sup> Diese Kriterien überschneiden sich teilweise und werden je nach Lehrmeinung unterschiedlich dargestellt. <sup>118</sup> Ob eines oder mehrere dieser Kontrollkriterien verletzt wird, ist bei jeder einzelnen Abmachung eines Vertrages konkret zu untersuchen. Hierbei kommt es auf den genauen Wortlaut, den Zweck der Abmachung, die Absicht der Vertragsparteien sowie die faktische Auswirkung an.

#### 2.3.5.2 Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit könnte in dem Fall vorliegen, in welchem von den Vertragsparteien versucht wird, sich durch eine Art Gesetzesumgehung <sup>119</sup> zwingenden Rechtsnormen zu entziehen. <sup>120</sup> Ein klares Indiz für die Widerrechtlichkeit ist das in Art. 215 StGB normierte Verbot der Mehrfachehe bzw. der mehrfachen Eintragung von Partnerschaften. Dieses stellt, wie oben bereits dargelegt, das Eingehen bzw. Eintragen einer weiteren Ehe/

114 AHMET KUT, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

115 AHMET (Fn. 114), N 1 f. zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

116 DASSER FELIX, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füessli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 1 zu Art. 19 OR.

117 AHMET (Fn. 114), N 7 f. zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

118 AHMET (Fn. 114), N 8 zu Art. 19 OR, Art. 20 OR; DASSER (Fn. 116), N 4 zu Art. 19 OR.

119 Für den Tatbestand der Gesetzesumgehung vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 715 f.

120 AHMET (Fn. 114), N 15 zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

Partnerschaft unter Strafe.<sup>121</sup> In den hier dargelegten Fällen handelt es jedoch nicht um eine wirkliche Eheschliessung bzw. Eintragung einer Partnerschaft, sondern «nur» um die vertragliche Annäherung, welche somit ein nicht strafwürdiges Verhalten darstellt.

#### 2.3.5.3 Verstoss gegen die öffentliche Ordnung

Als nächstes infrage kommendes Kontrollkriterium wird der Verstoss gegen die öffentliche Ordnung untersucht. Der Normgehalt ist in der Lehre jedoch sehr umstritten. Die einen sehen darin die Subsumtion der Normen des öffentlichen Rechts, für gewisse ist es eine generalartige Klausel und einige verneinen sogar einen Normgehalt.<sup>122</sup> Je nach Sinngehalt und Vertragsklausel und je nach Standpunkt könnten gewisse polygamieähnliche Vereinbarungen unter dieses Kontrollkriterium subsumiert werden.

#### 2.3.5.4 Sittenwidrigkeit

Zu diskutieren ist ebenfalls die Frage der Sittenwidrigkeit. «Verträge, die gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen»<sup>123</sup>, gelten als sittenwidrig. Innerhalb der Sittenwidrigkeit wurden von der Lehre Untergruppen kreiert: Verträge im sexuellen Bereich, Verträge betreffend die Sozial- und Berufsethik, leistungsinäquivalente Verträge, Verstoss gegen vertragliche Rechte von Dritten sowie Verträge, die gegen ausländisches zwingendes Recht verstossen.<sup>124</sup> Polygamieähnliche Abmachungen lassen sich nicht klar in eine der genannten Unterkategorien einordnen, was jedoch nicht grundsätzlich gegen die Sittenwidrigkeit spricht. Wie bereits erwähnt, kommt es auf die konkrete Abmachung an. Auch hierbei kann das normierte Verbot der mehrfachen Ehen bzw. eingetragenen Partnerschaft als Indiz gewertet werden, dass gewisse konkrete Abmachungen als sittenwidrig qualifiziert werden könnten.

#### 2.3.5.5 Verletzung des Persönlichkeitsrechts

Ob eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, welche sich an Art. 27 ZGB zu messen hat, vorliegt, hängt vom Inhalt und der Tragweite der einzelnen Vereinbarungen ab und kann nicht abstrakt beantwortet werden.<sup>125</sup> Zu denken wäre z. B. an eine Bestimmung, die das Persönlichkeitsrecht der\*des ersten Partners\*in verletzen würde.

#### 2.3.5.6 Unmöglichkeit

Die anfängliche, objektive und dauernde Unmöglichkeit als fünftes Kontrollkriterium findet sich in Art. 20 Abs. 1 OR.<sup>126</sup> Dieses Kriterium kann ebenfalls nicht abstrakt beurteilt werden. Auch hier bedarf es einer Untersuchung der entsprechenden Vertragsklausel.

121 Vgl. Kapitel 2.3.3.

122 DASSER (Fn. 116), N 10 zu Art. 19 OR.

123 BGE 123 III 101 E. 2 S. 102.

124 AHMET (Fn. 114), N 24 ff. zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

125 DASSER (Fn. 116), N 14 ff. zu Art. 19 OR.

126 DASSER (Fn. 116); N 4 zu Art. 19 OR; AHMET (Fn. 114), N 32 ff. zu Art. 19 OR, Art. 20 OR.

### 2.3.5.7 Zwischenfazit

Es lässt sich somit sagen, dass es obligationenrechtlich möglich ist, einige Regelungsbedürfnisse einem rechtlichen Rahmen zuzuführen. Ob die konkrete Abmachung vor dem schweizerischen Rechtssystem standhält, ist im Einzelfall zu untersuchen. Weiter gilt es anzumerken, dass mittels Verträgen «nur» rein obligationenrechtliche Verpflichtungen geschaffen werden.

### 2.3.5.8 Der Privatautonomie nicht zugängliche Abmachungen

Einige rechtliche Absicherungen lassen sich jedoch durch eine vertragliche Abmachung nicht erreichen, hierzu sind insbesondere die Rechtsgebiete der Sozialversicherungen sowie des Ausländer\*innen- und Integrationsrechts zu nennen.<sup>127</sup> Hierbei bleibt somit eine Lücke, welche nicht durch rechtswirksame Verträge geschlossen werden kann. In diesen Punkten bleibt das Bedürfnis nach rechtlichem Schutz unbefriedigt.

Ein weiterer Punkt, welcher durch das Institut der Ehe ermöglicht wird, aber nicht vertraglich hergestellt werden kann, ist die fakultative Namensänderung der Partner\*innen. Lediglich Art. 30 ZGB wäre eine Möglichkeit, um den eigenen Namen zu ändern. Hierfür sind nach Art. 30 Abs. 1 ZGB «achtenswerte Gründe» vorausgesetzt, was eine Ermessensfrage der Behörden darstellt.<sup>128</sup> Vor der Revision des Namensrechts im Jahr 2013 mussten noch «wichtige Gründe» vorliegen, somit wurde diese Voraussetzung gelockert. Jedoch reicht im geltenden Recht der blosser Wunsch nach einer Namensänderung noch nicht für eine solche aus; vielmehr müssen der\*dem Namensträger\*in aus dem eigenen Namen Nachteile entstehen. Sobald der persönliche Wunsch eine signifikante Bedeutung erreicht hat, soll dies jedoch ausreichen.<sup>129</sup>

In anderen Bereichen wie dem Erbrecht ist eine freie Disposition jedoch ohne Weiteres gegeben und somit kann innerhalb der Schranken der erbrechtlichen Pflichtteile frei über den Nachlass verfügt werden. Mittels Erbverträgen können sogar noch weitergehende Vereinbarungen getroffen werden. Des Weiteren sind sicherlich die Regelung und das Zusammenleben selbst in einer gemeinsamen Wohnung möglich. Eine weitere sehr bedeutsame Frage, welche hier nicht beantwortet werden kann, ist die der vertraglichen Regelung der Kindererziehung.

## 3 Perspektiven für das schweizerische Recht

Es wurde argumentiert, dass der verfassungsrechtliche Schutzgedanke auch das Institut der Polygamie umfasst, was jedoch von der Lehre wie auch von der Rechtsprechung nicht so aufgefasst wird. Durch diese Verankerung des Netzwerks der Fürsorge in Art. 14 BV, welches sowohl monogame wie auch polyamore Beziehungen umfasst, sowie der Auftrag zur diskriminierungsfreien Gesetzgebung führen zu einem Widerspruch zum geltenden

127 Vgl. PULVER (Fn. 100), N 3 zu Einleitung bezüglich der Schaffung des PartG zur Beseitigung der Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Paare gegenüber Ehepaaren.

128 BÜCHLER ANDREA, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, N 4 zu Art. 30 ZGB.

129 BÜCHLER (Fn. 128), N 3 zu Art. 30 ZGB m. w. H.



Zivil- und Strafrecht. Es gilt, diese Widersprüche zu lösen. Die folgenden Vorschläge de lege ferenda stellen einen Beitrag zur Auflösung der aufgezeigten Widersprüche über eine Öffnung des Instituts der Ehe für die Polygamie als Netzwerk der Fürsorge dar.

### 3.1 Strafrecht

Einer der ersten Schritte wäre die ersatzlose Streichung von Art. 215 StGB, welcher die Polygamie nach wie vor kriminalisiert, da diese Norm dem Art. 14 BV diametral entgegensteht.

### 3.2 Eherecht

Natürlich sind die eherechtlichen Normen so auszugestalten, dass eine erneute diskriminierende Wirkung verhindert wird. So soll die Möglichkeit der Mehrfachehe allen Geschlechtern offenstehen und auch unterschiedliche Kombinationen sollen zulässig sein.

Der Zivilstand fügt der Beziehungsform eine öffentliche Bezeichnung zu, woraus sich eine neue Diskriminierung ergeben kann, wenn z. B. ein unterschiedlicher Zivilstand für die monogame und die polygame Ehe verwendet würde (analog zur Wirkung «in eingetragener Partnerschaft»). Deswegen wird dafür argumentiert, dass kein weiterer Zivilstand geschaffen wird, sondern dass einheitlich der Zivilstand «verheiratet» verwendet wird.<sup>130</sup>

INGEBORG SCHWENZER hat in ihrem Gutachten bezüglich eines modernen Familienrechts die baldige Erforderlichkeit von Diskussionen über «polygame Gemeinschaften»<sup>131</sup> angesprochen. Sie nennt das «Prinzip der Nichteinmischung»<sup>132</sup>, welches das Familienrecht durchziehen soll. Sehr prägnant ist folgende Aussage:

«Öffentliche Interessen können heutzutage Regelungen des menschlichen Zusammenlebens nicht mehr rechtfertigen, wo immer erwachsene Menschen in der Lage sind, ihre persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln und Probleme auch unter Beachtung des Kindeswohls zu lösen. Es kann nicht Aufgabe des Familienrechts sein, Bürgerinnen und Bürgern bestimmte Lebensformen vorzuschreiben, und sei es nur dadurch, dass eine, nämlich die Ehe, gegenüber den anderen privilegiert wird.»<sup>133</sup>

Bei der Einführung der Mehrfachehe wäre nicht nur das Eherecht abzuändern, denn es sind viele weitere Rechtsgebiete betroffen, wie das ebenfalls zivilrechtliche Erbrecht, aber auch das Sozialversicherungsrecht, das Ausländer\*innen- und Integrationsrecht.

### 3.3 Erbrecht

Im Erbrecht könnte beispielsweise der Anteil, der im geltenden Recht an die\*den überlebende\*n Ehegatt\*in fallen würde, unter allen überlebenden Ehegatt\*innen aufgeteilt

130 Vgl. ähnlich Fn. 96 für die eingetragene Partnerschaft.

131 SCHWENZER (Fn. 33), S. 5; als Grund hierfür nennt SCHWENZER die «Zunahme der Zahl an Mitbürgerinnen und Mitbürgern islamischen Glaubens».

132 SCHWENZER (Fn. 33), S. 9 f.

133 SCHWENZER (Fn. 33), S. 9.

werden. Wenn die verstorbene Person Kinder hinterlässt, könnte der Anteil der Nachkommen auf alle Kinder, zu denen ein rechtliches (und ein faktisches?) Verhältnis bestand, aufgeteilt werden.

### 3.4 Sozialversicherungsrecht

Ein möglicher Lösungsvorschlag für das Rentensystem im Sozialversicherungsrecht präsentiert sich wie folgt: Anstelle dass die Witwer\*Witwenrente an den\*die überlebende\*n Ehepartner\*in ausbezahlt wird, sollte diese Rente an die Gemeinschaft der überlebenden Ehegatt\*innen fließen. Auch andere Lösungen wären denkbar, z. B. die anteilmässige Aufteilung an die einzelnen überlebenden Ehegatt\*innen.<sup>134</sup>

### 3.5 Elternschaft

SCHWENZER führt in ihrem Gutachten weiter aus, dass nicht nur verschiedengeschlechtliche Menschen Eltern eines Kindes sein können und dass gleichgeschlechtliche Eltern schon längst ein Teil der Realität sind.<sup>135</sup> Auch nimmt sie Bezug auf einige angloamerikanische Urteile, die bereits die rechtliche Elternschaft dreier Personen bejaht haben.<sup>136</sup> Ebenfalls hält sie fest, dass es im internationalen Vergleich die Möglichkeit gibt, die elterliche Sorge aufgrund einer Vereinbarung auf einen faktischen Elternteil zu übertragen, womit eine elterliche Sorge von mehr als zwei Menschen möglich wird.<sup>137</sup>

Die gleichzeitige Öffnung der Elternschaft ist begrüssenswert. Dies entspricht der Tendenz der Entkoppelung der sozialen und genetischen/biologischen Elternschaft, wie es z. B. bei Patchwork-Familien häufig der Fall ist. Damit rückt das Kindeswohl noch mehr in den Vordergrund, wenn weniger an genetischen/biologischen Fakten angeknüpft wird, sondern an die soziale Lebensrealität des Kindes, welches möglichst viel Fürsorge erfahren soll.

### 3.6 Zwischenfazit

Im geltenden Recht gibt es Anknüpfungspunkte, die eine weitere Öffnung der Ehe ermöglichen. Ein solcher Anknüpfungspunkt wären z. B. die in Art. 159 ZGB normierten Beistandspflichten. Diese lassen sich ebenfalls auf eine Lebensgemeinschaft bestehend aus mehreren Personen übertragen, denn in einer grösseren Gemeinschaft gibt es mehr Möglichkeiten, sich umeinander sorgen zu können.<sup>138</sup>

Trotzdem gibt es immer noch viele offene Punkte, welche es kritisch zu betrachten und zu beantworten gilt. Eine dieser Fragen lautet, ob es überhaupt möglich ist, diesen mehrmals erwähnten Beistandspflichten, die man gegenüber mehreren Personen

134 Vgl. DETHLOFF (Fn. 27), S. 416.

135 SCHWENZER (Fn. 33), S. 34.

136 Dies jedoch nicht per se in einem polyamoren Kontext. Vgl. SCHWENZER (Fn. 33), S. 34 m. w. H.

137 SCHWENZER (Fn. 33), S. 45; ebenfalls COPUR (Fn. 80), S. 408.

138 Für Empirik zum Thema Liebe und Beziehungen vgl. ARONSON ELLIOT/WILSON TIMOTHY D./ SOMMERS SAMUEL R., *Social Psychology*, New York 2019, S. 314 ff.

hätte, zu gleichen Teilen gerecht zu werden. Diese Frage stellt sich nicht nur auf zwischenmenschlicher und emotionaler Ebene, sondern auch auf finanzieller Ebene. Soll es eine Korrelation zwischen eigener finanzieller Leistungsfähigkeit und Anzahl möglicher Partner\*innen, mit welchen man eine solche Vielehe eingehen könnte, geben?<sup>139</sup> Ebenso stellt sich die Frage, wie rechtlich damit umzugehen ist, wenn innerhalb dieses Netzwerks der Fürsorge ein Konflikt entsteht. Aber auch die Ausgestaltung des Verfahrens zur Eingehung und Auflösung der Polygamie und von welchen Personen eine allfällige Zustimmung zur Eingehung einer weiteren Ehe vorliegen müsste, sind Fragen, welche noch zu klären sind.

Zur Beantwortung dieser und weiterer Fragen wäre bei der Ausgestaltung der Rechtsnormen der Austausch mit Partner\*innen, die in einer polyamoren Beziehung leben, unabdingbar. So könnten die Erfahrungen dieser gelebten Gemeinschaften in die Rechtsgestaltung einfließen und das Recht wirklichkeitsnah werden lassen.<sup>140</sup>

## 4 Schlusswort und Ausblick

### 4.1 Auf rechtlicher Ebene

Die Untersuchung der aktuellen Rechtslage hat gezeigt, dass sich im geltenden Recht Anknüpfungspunkte für eine weitere Öffnung der Ehe finden lassen.

Dennoch ist die Monogamie sehr tief in der schweizerischen Rechtskultur verankert, wodurch die Anerkennung polyamorer Beziehungen unter dem Institut der Ehe im schweizerischen Kontext auf längere Zeit nicht zu erwarten ist. Dies lässt sich anhand der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch der zahlreichen ablehnenden Lehrmeinungen erkennen.

Der Leitsatz der gegenseitigen Fürsorge, dass man als Ehepartner\*innen aufeinander Acht gibt und dass man einander beisteht, lässt sich in vielen Rechtsnormen erkennen. Dies bedingt aber nicht notwendigerweise die Limitierung der Ehegemeinschaft auf zwei Personen. Wenn mehrere Personen in einer Beziehung miteinander verbunden sind, ergibt sich ein Netzwerk der Fürsorge und des Beistands. Warum soll dieses Konstrukt nicht eine rechtliche Absicherung erfahren? Handelt es sich hierbei nicht um genauso schützenswerte Beziehungen, wie sie in monogamen Ehen vorkommen?

Die Öffnung der Ehe würde einen Symbolcharakter aufweisen, welcher auch der Toleranzförderung dient.<sup>141</sup> Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Staat die

---

139 Diese Regelung würde eine grosse Übereinstimmung mit der Koransure An-Nisa 4:34 aufweisen, welche wie folgt übersetzt werden kann: «Und wenn ihr befürchtet, nicht gerecht hinsichtlich der Waisen zu handeln, dann heiratet, was euch an Frauen gut scheint, zwei, drei oder vier. Wenn ihr aber befürchtet, nicht gerecht zu handeln, dann (nur) eine oder was eure rechte Hand besitzt. Das ist eher geeignet, dass ihr nicht ungerecht seid.»

140 Vgl. bspw. BALZARINI RHONDA N. et al., Comparing Relationship Quality Across Different Types of Romantic Partners in Polyamorous and Monogamous Relationships, in: Archives of Sexual Behavior 2019/48, S. 1749 ff.

141 Vgl. für Belege für die Toleranzförderung in Bezug auf die Legalisierung von Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren Fn. 79.

einzelnen Beziehungs- und Lebensformen nicht bewerten und gewichten soll, ganz im Sinne der staatlichen Neutralitätspflicht und dem Prinzip der Nichteinmischung nach SCHWENZER.<sup>142</sup>

Es wird ein verfassungsmässiger Schutz der Polygamie durch das Rechtsinstitut der Ehe angenommen, jedoch gilt es, Art. 190 BV zu beachten. Da das schweizerische Zivilrecht noch keinen derartigen Schutz für das Institut der Mehrfachehe vorsieht, sind die rechtsanwendenden Behörden gezwungen, das verfassungswidrige Gesetzesrecht anzuwenden. Des Weiteren besteht mit Art. 215 StGB eine Strafnorm, die das Rechtsgut der Monogamie sogar unter strafrechtlichen Schutz stellt und entsprechend die Polygamie pönalisiert.

## 4.2 Auf politischer Ebene

Bislang sind noch keine Anstrengungen sichtbar, die versuchen, etwas an dieser Rechtslage zu ändern. Somit wird es wohl noch einige Jahre oder Jahrzehnte dauern, bis solche Forderungen laut werden und im politischen Diskurs besprochen werden.

## 4.3 Auf gesellschaftlicher Ebene

Natürlich müsste für die weitere Beantwortung der Frage der Legalisierung der Polygamie die soziologische Lebenswirklichkeit polyamorer Partner\*innen (weiter) untersucht werden, sodass das Rechtsinstitut optimal an die Bedürfnisse polyamorer Partner\*innenschaften ausgerichtet werden könnte. Zudem hätte die Legalisierung der Polygamie auf einer abstrakteren Ebene einen symbolischen Charakter. Da es sich beim schweizerischen Eherecht um staatliches Recht handelt, würde die Schweizerische Eidgenossenschaft damit zeigen, dass sie die Lebensformen ihrer rechtsunterworfenen Personen nicht wertet und für alle einen passenden rechtlichen Rahmen bereitstellt. Zudem ist anzunehmen, dass die staatliche Anerkennung die Akzeptanz in der Bevölkerung für weitere Lebensformen steigern würde. Das Recht könnte somit eine Korrektur der Wahrnehmung der Ehe vornehmen, da der Gedanke an die Ehe nach wie vor mit der Zweierbeziehung verknüpft ist. Es ist anzunehmen, dass sich dies dann wieder auf die Ebene der Individuen auswirken würde, da diese selbst als in polyamoren Beziehungen lebende Personen eine grössere Toleranz erfahren würden.

---

142 SCHWENZER (Fn. 33), S. 9 m. w. H. zum Prinzip der Nichteinmischung.

# Feminist Judgment: A Commentary on *Johnson v. Ramsden*

---

Anna Elisa Stauffer

*Feminist Judgment Projects are collaborations of hundreds of feminist jurists who reimagine and rewrite key judicial decisions from a feminist perspective. Their aim is to reconsider judgments that have failed to address fundamental issues surrounding gender equality and sexual autonomy. In this article, after an introduction to the topic and the methodology of Feminist Judgments, the relevant sections of the Australian ruling in Johnson v. Ramsden [2019] WASC 84 are rewritten. The case concerned a woman who was pinched on the bottom by a stranger during a group photograph at a charity event. The judge maintained that the conduct in question did not amount to sexual harassment because a person's bottom is not considered to be a private part of the body that is ultimately associated with sexuality. In the rewritten version, the development of sexual harassment and abuse within society, as well as the role and meaning of the #MeToo movement, are considered. Finally, an outlook pleads for the introduction of Feminist Judgments in Switzerland.*

## 1 Introduction

Are feminist issues, such as gender equality and sexual autonomy, sufficiently considered in current jurisprudence; and if not, how could they be addressed? Feminist Judgment Projects are an example of how a feminist perspective may be introduced into law through a feminist legal method. This article presents and explains this method based on a practical example.

The given example is a rewritten evaluation of the Western Australian judgment in *Johnson v. Ramsden*. The appellant – a woman participating in a sporting event for a charitable cause – was pinched on the bottom by the respondent, who happened to be a male police officer, while standing for a team photo. The respondent claimed that he simply wanted to be funny and catch the appellant's attention to the photograph being made, while telling her that he hoped she did not «take this the wrong way».<sup>1</sup> His hopes, however, were dashed; the charge brought was one of unlawful and indecent assault, contrary

---

1 Johnson v. Ramsden [2019] Western Australia Supreme Court (WASCA) 84, paras. 5–12.

to Section 323 of the Criminal Code of Western Australia.<sup>2</sup> This section, headed «Indecent Assault», states: «A person who unlawfully and indecently assaults another person is guilty of a crime and liable to imprisonment for 5 years.» The judge had to assess whether the assault in the case at hand was «indecent» and whether the act could be deemed «an inherently sexual act».<sup>3</sup>

The case was heard before the Supreme Court of Western Australia in March 2019 on appeal from the Magistrates Court of Western Australia.<sup>4</sup> The Supreme Court confirmed the Magistrates Court's finding that pinching the appellant on the bottom could not be considered sexual harassment because the bottom cannot be considered a private body part which is ultimately associated with sexuality.<sup>5</sup> One main argument of the Magistrate Court's decision was that in an «era of twerking», a pinch on the bottom is reminiscent of a «more genteel time».<sup>6</sup>

Before delving into a rewrite of the judgment, the concept of Feminist Judgment Projects will be introduced, since this does not yet exist in Swiss legal scholarship (section 2). In rewriting the judgment (section 3), the development of the offences of sexual harassment and abuse will be taken into consideration from a Swiss perspective. In order to appeal to a Swiss legal public, pertaining to universities and scholarship in general, scholarly opinions are also examined. The rewritten judgment further includes an assessment of how the #MeToo movement has influenced the understanding of sexual harassment and abuse. Finally, a brief outlook is given as to whether Feminist Judgments can and should be used in Switzerland (section 4).

## 2 Feminist Judgments in Theory

The first Feminist Judgment Project was launched in 2006 and concerned Canadian cases on the constitutional right to equality.<sup>7</sup> The group in question started out as the Women's Court of Canada, devoted to reimagining key judgments of the Supreme Court of Canada. Participants in these projects assume the role of the judge in question; based on the same evidence at hand and by means of legal methodologies, the cases are assessed from the angle of legal feminist scholarship. In rewriting the argument, the

---

2 Criminal law – with the exception of some criminal acts such as terrorism – falls under the jurisdiction of the states; cf. GANS, JEREMY, *Modern Criminal Law of Australia*, 2<sup>nd</sup> edn., Cambridge/Melbourne 2017, p. 8–10; MCSHERRY BERNADETTE/NAYLOR BRONWYN, *Australian Criminal Laws*, Oxford/South Melbourne 2004, p. 5, p. 24–28.

3 *Johnson v. Ramsden*, paras. 10–11 and para. 29.

4 The judgment of the Magistrates Court of Western Australia cannot be accessed online. However, the judgment of the Supreme Court repeats what the magistrate's findings were in paras. 25–30. Hence, in the rewritten judgment, reference is made to these passages when analysing the magistrate's key findings.

5 *Johnson v. Ramsden*, paras. 83–85.

6 *Ibid.*, para. 25.

7 In 2006, the rewritten decisions were published as a special issue of the Canadian Journal of Women and the Law. Cf. RÉAUME DENISE, *Turning Feminist Judgments into Jurisprudence: The Women's Court of Canada on Substantive Equality*, in: *Oñati Socio-legal Series* 2018/8, p. 1307–1324.

projects also take into account the constraints that bind appellate judges. Hence, legal forms are neither questioned nor opened up.<sup>8</sup> Despite this, the projects challenge rather than defer to formal sources of law.<sup>9</sup> In this way, they seek to expose biases in existing judgments and reveal how a feminist perspective of law may practically alter the legal outcome of a particular case.

The first such project sparked international interest among many scholars in applying a feminist lens to key judicial decisions in their own jurisdictions, such as England and Wales,<sup>10</sup> Australia,<sup>11</sup> New Zealand,<sup>12</sup> the US,<sup>13</sup> Ireland<sup>14</sup> and Scotland.<sup>15</sup> The judgments in question are not limited to one particular area of law; they range from constitutional law to civil law and criminal law. Further projects stem from the field of international law.<sup>16</sup>

These projects may be regarded as a reaction to feminist critiques stating that the law in itself reinforces patriarchal structures and should therefore be deconstructed – or critically engaged with at the very least.<sup>17</sup> Through these projects, legal feminists opted for another way: they used the law as a key to demonstrate how it may be used to further the feminist cause.<sup>18</sup> In the words of ROSEMARY HUNTER, the projects «represent a new and different kind of feminist intervention in law – a kind of hybrid form of critique and law reform project».<sup>19</sup> Thus, the idea is to reinvent rather than replace the legal categories and regimes.

Therefore, the methodology of the Feminist Judgment Projects is to present an alternative feminist analysis using the legal regimes and categories at hand.<sup>20</sup> There is no

- 
- 8 HUNTER ROSEMARY/MCGLYNN CLARE/RACKLEY ERIKA, *Feminist Judgments: An Introduction*, in: Hunter Rosemary/McGlynn Clare/Rackley Erika (eds.), *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, 2010, p. 5–6, 13–16.
- 9 Cf. HODSON LOVEDAY/LAVERS TROY, *Feminist Judgments in International Law: An Introduction*, in: Hodson Loveday/Lavers Troy (eds.), *Feminist Judgments in International Law*, Oxford 2019, p. 14.
- 10 HUNTER ROSEMARY/MCGLYNN CLARE/RACKLEY ERIKA (eds.), *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, 2010.
- 11 DOUGLAS HEATHER/BARTLETT FRANCESCA/LUKER TRISH/HUNTER ROSEMARY (eds.), *Australian Feminist Judgments, Righting and Rewriting Law*, Oxford/Portland/Oregon 2015. For more information, see the website of the University of Queensland.
- 12 McDONALD ELISABETH/POWELL RHONDA/STEPHENS MAMARI/HUNTER ROSEMARY (eds.), *Feminist Judgments of Aotearoa New Zealand Te Rino: A Two-Stranded Rope*, Oxford/Portland/Oregon 2017.
- 13 In the US, there is an entire series of feminist judgments, ranging from corporate law to trusts and estates. For more information, see the website of the US Feminist Judgment Project.
- 14 ENRIGHT MÁIRÉAD/MCCANDLESS JULIE/O'DONOGHUE AOIFE (eds.), *Northern/Irish Feminist Judgments*, Oxford 2017.
- 15 COWAN SHARON/KENNEDY CHLOË/MUNRO VANESSA E (eds.), *Scottish Feminist Judgments*, Oxford 2019. For more information, see the website of the Scottish Feminist Judgment Project.
- 16 HODSON LOVEDAY/LAVERS TROY (eds.), *Feminist Judgments in International Law*, Oxford 2019.
- 17 SMART CAROL, *Feminism and the Power of the Law*, London/New York 1989.
- 18 HUNTER ROSEMARY, *The Power of Feminist Judgments*, in: *Feminist Legal Studies* 201/20, p. 135–148, p. 135.
- 19 *Ibid.*, p. 137.
- 20 *Ibid.*

single feminist theory, however, but rather various approaches, stemming from broader theories such as liberalism, relationalism and Marxism, to name but a few.<sup>21</sup> This variety of theories already shows that there is no single and determined way to write Feminist Judgments. HUNTER thus highlights that «a good result for one woman may not serve the interest of all women».<sup>22</sup> This is also emphasised by the Feminist Judgments Projects, which concede that «feminism is not monolithic».<sup>23</sup> However, the law in itself is discursive and prone to contrary arguments that depend on the individual case. Therefore, Feminist Judgments do not really alter the discourse, but rather contribute to it. This, it may be argued, already provides a valuable insight. What stands out in the Feminist Judgment Projects is that cases are situated in a broader context of social, political and economic patterns, thus generally reflecting on «the processes that create and sustain inequality».<sup>24</sup>

In short, key decisions are rewritten from a feminist perspective, thus highlighting the differences in approach and mentality surrounding legal questions.

### 3 The Rewritten Judgment

In the following paragraphs, the relevant section (paras. 31–85) of the decision in *Johnson v. Ramsden* issued by the Supreme Court of Western Australia on appeal from the Magistrates Court of Western Australia is rewritten, following the style and the structure of the judgment, including its titles and margin numbers. The ground of appeal is divided in two parts. First, the appellant claims that the magistrate failed to find that the assault was upon a part of the body that gave the assault a sexual connotation. Second, the claim is raised that the assault did indeed breach prevailing contemporary community standards of decency and propriety.<sup>25</sup>

#### 3.2 Conduct with a presumptively sexual connotation

First, I shall assess whether her Honour failed to find that the assault in question was upon a body part that presumptively gives the assault a sexual connotation. As the appellant maintains, the bottom must be regarded as such an intimate and private part of the body that carries a sexual connotation if grabbed.<sup>26</sup>

Before delving into the aforementioned assessment, however, I will observe what factors are at play when analysing what kinds of conduct bear a presumptively sexual connotation. What does and does not bear a sexual connotation and what is considered *in-*

---

21 Cf. MCSHERRY/NAYLOR (Fn. 2), p. 12, who further elaborate on the different feminist approaches to the study of crime and criminal behaviour. A rigorous overview of feminist theories can be found, in German, in: EMMENEGGER SUSANNE, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss. Freiburg 1998, p. 12–27.

22 HUNTER (Fn. 18), p. 140.

23 Ibid, p. 138.

24 RÉAUME (Fn. 7), p. 1310.

25 *Johnson v. Ramsden*, para. 10.

26 Cf. *Johnson v. Ramsden*, para. 11.



*decent* may vary and depend on the circumstances. Standards of decency and propriety must also be taken into account in cases of alleged sexual harassment.<sup>27</sup> It is, however, necessary to consider, prior to observing the analysis of an alleged sexual act in the light of contemporary community standards, the initial purpose and the importance of the punishable offence of sexual harassment. Section 323 of the Australian Criminal Code protects people from indecent assault – that is, sexual harassment. The purpose of such protection is to give due respect to the sexual autonomy of an individual.<sup>28</sup> This notion of protecting an individual's sexual autonomy is almost universal. A comparative analysis will hence be taken regarding Switzerland, which arguably shares most of Australia's values. In Switzerland, the analogous criminal offence is set out in Article 198 of the Criminal Code.<sup>29</sup> Said statutory offence protects the right to sexual self-determination and hence the right to decide freely about the «whether», the «when» and the «how» of sexual interaction.<sup>30</sup> In other words, at the core lies the need to protect an individual's sexual dignity. Therefore, if any unwanted conduct related to sex has the purpose or effect of violating someone's dignity, the protection under criminal law must hold.<sup>31</sup>

Whether or not a particular conduct has the purpose or effect of violating somebody's sexual dignity must be assessed on a case-by-case basis. One must rely on elements such as the context in which the conduct took place and the manner in which it took place.<sup>32</sup>

With regard to the latter, the nature of the touching is judged. Certainly, not all unwanted physical contact necessarily amounts to sexual harassment. A certain threshold must be met. This is the case where the aggressor has the intention of violating dignity or, if such an intention is lacking, where one's dignity is effectively violated. Such an effect may be achieved depending on the part of the body that has been touched. In the Australian case of *R v. Harkin*, Chief Justice Lee held that «there are some areas of the body upon which conduct constituting an assault would give rise to sexual conduct».<sup>33</sup> The relevant areas of the body are those deemed *intimate* and *private*, hence in themselves bearing a sexual connotation when touched.<sup>34</sup> Pre-determining crucial areas of the body as self-evidently bearing a sexual connotation and thus providing red flags for sexual harassment, depending on their «geographical» location, can also be found elsewhere. This has been addressed, for example, by the Swiss Federal Council and the Federal Supreme Court. It was held that minor harassments such as the direct touching of a person's pri-

---

27 *Spiteri v. The Queen* [2001] WASCA 82, para. 8; *Drago v. The Queen* (1992) 8 Western Australian Reports 488, paras. 497–503.

28 McSHERRY/NAYLOR (Fn. 2), p. 206–209.

29 Swiss Criminal Code of December 21, 1937 (311.0).

30 Cf. SCHEIDEGGER NORA, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf*, Bern 2018, p. 281.

31 ISENRING BERNHARD, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (eds.) *Strafrecht (StGB/ JStGB), Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz*, 2 Bände, Basler Kommentar (BSK), 4<sup>th</sup> ed., Basel 2018, para. 18 to art. 198 CC.

32 ISENRING (Fn. 31), para. 19 to art. 198 CC.

33 *R v. Harkin* (1989) 38 Australian Criminal Reports (ACP) 296, p. 301.

34 *Ibid.*, p. 301.

vate parts can achieve this effect on the sole basis of where the touching occurred.<sup>35</sup> Thus, the touching of breasts, bottoms and even body parts close to the genitalia, such as the thigh or underbelly, has been found to amount to sexual harassment in Switzerland.<sup>36</sup>

However, the particular context of the touching must also be taken into account. Various situations may arise in which a particular behaviour seems objectively sexual but is not in fact so. This is illustrated in *R v. Jones*, where a paramedic who attended a female patient and touched her breasts in order to perform an electrocardiogram had no intention of sexually harassing his patient.<sup>37</sup>

Thus, under certain circumstances, touching somebody else in an intimate manner does not amount to inherently indecent touching. Therefore, a presumption of inherent indecent touching can be disproven if the context clearly points in the other direction.

Objective elements in particular must be considered when assessing whether the sole application of the touch to a certain intimate body part is inherently «indecent».<sup>38</sup> In doing so, one must also take into account the entirety of the offender's behaviour towards the victim.<sup>39</sup>

The judge of the Magistrates Court of Western Australia appears to have agreed with the respondent's argument that in *R v. Harkin*, Chief Justice Lee referred to the «anus» in specific when determining the relevant areas that give rise to a sexual connotation when touched. Thus, it was clearly distinguished from the buttocks as a much more intimate part of the body.<sup>40</sup> Therefore, the magistrate stressed the particular location where the respondent was touched on the bottom.<sup>41</sup>

It depends, therefore, on the manner in which the act was conducted as to whether it amounts to an intrinsically indecent act or one that further requires the motive or intention of the accused in order to determine an indecent act.<sup>42</sup> The existence of an intrinsically indecent act depends on what is regarded as decent or indecent by a right-minded person. Thus, a distinction is necessary between acts that are deemed to be unequivocally sexual and those that amount to an indecent act only where there is a sexual connotation, as pointed out by Burns J in *R v. Gillespie*.<sup>43</sup> In the latter case, a further assessment of the intention of the accused is required – particularly where the act was performed «as a joke rather than for his own sexual gratification or for sexual humiliation of the victim».<sup>44</sup>

However, in *R v. Gillespie*, Penfold J suggested that caution must be exercised when taking the intention of the accused into account. This does not entail an endorsement for assuming that a certain act is not indecent because the accused simply meant it as a

---

35 Federal Council Dispatch 1985, p. 1093; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 6B\_966/2016 from April 26, 2017 section 1.3.

36 ISENRING (Fn. 31), para. 18 to art. 198 CC.

37 *R v. Jones* [2011] Queensland Supreme Court Court of Appeal 19 (2011) 209 ACP 379.

38 Cf. *Johnson v. Ramsden*, para. 31.

39 Cf. ISENRING (Fn. 31), para. 19 to art. 198 CC.

40 *R v. Harkin*, p. 301.

41 *Johnson v. Ramsden*, para. 28.

42 Cf. *R v. Morton* (1998) 143 Federal Law Reports (FLR) 268, p. 276.

43 *R v. Gillespie* [2014] Australian Capital Territory Court of Appeal (ACTCA) 25; (2014) 283 FLR 327, paras. 19–26.

44 *Ibid.*, para. 4.

joke.<sup>45</sup> Jokes can hurt a person's bodily autonomy as well. In view of the protected legal right of self-determination, it cannot be easily accepted that the perpetrator did not assume that his victim would feel harassed by his action. A similar notion when it comes to jokes can be found in Swiss scholarship.<sup>46</sup>

Hence, the intention of the accused may be factually relevant, but only when the act is not deemed to have a presumptively sexual connotation.

### 3.2 Does touching a woman's buttocks raise an inherent assumption that the touch has a sexual connotation?

The magistrate maintained that «in an era of ‹twerking› [...] and grinding, simulated sex and easy access to pornography, the thought of a pinch on the bottom is almost a reference to a more genteel time».<sup>47</sup> She also noted that today, touching between the sexes is more common than ever before.<sup>48</sup> The magistrate thus concluded that in the case at hand, touching a woman's buttocks did not bear a sexual connotation. However, taking these considerations into account gives cause for alarm rather than negligence. The clear and swift protection of a person's sexual integrity is absolutely necessary since the sexual has been subject to the progressive removal of taboos in our society and the borders of what constitutes a still-permissible «approach» have become increasingly blurred.<sup>49</sup>

If we take the motive and purpose of the attacker into account, the respondent's behaviour may be regarded as, in effect, accepting that the appellant's bodily autonomy might be violated. One cannot fail to notice that the respondent was conscious of how his behaviour could be perceived and acknowledged this by saying, «I hope you don't take this the wrong way» while pinching the appellant's buttocks. Thus, he took into account that his behaviour was contrary to social decorum and could be deemed «indecent».

He also could not assume that the appellant had agreed to his conduct. One can generally rule out a receptiveness to spontaneous sexual interactions in a professional relationship or between strangers.<sup>50</sup> In fact, one must generally assume that physical contact with sexual connotations from strangers or a distant acquaintance is unwelcome.<sup>51</sup> Indeed, studies have shown that there is a consensus in Europe – which may also apply to Australia – as to which body parts people usually let other people touch and which they do not; in this regard, the intensity of the relationship with the touching person also plays an important role.<sup>52</sup> JOACHIM RENZIOWSKI, a leading German scholar in the field of criminal law relating to sexual offences, maintains that «there certainly are certain social

45 Ibid, para. 4.

46 ISENING (Fn. 31), para. 28 to art. 198 CC.

47 *Johnson v. Ramsden*, para. 25(g).

48 Ibid, para. 25(j).

49 Cf. ISENING (Fn. 31), para. 19 to art. 198 CC.

50 SCHEIDEGGER (Fn. 30), p. 287.

51 HÖRNLE, TATJANA, Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000/112, p. 356 et seq., p. 374.

52 SUVILEHTOJA JUULIA et al., Topography of social touching depends on emotional bonds between humans, in: *Proceedings of the National Academy of Sciences* 2015/112(45), p. 13811 et seq., p. 13815.

conventions as to flirting. Pinching perfect strangers or work colleagues on the bottom definitely does not belong to this».<sup>53</sup> Therefore, the appellant could not be said to have agreed to allow a perfect stranger, as the respondent was, to pinch her bottom. This can be drawn from the aforementioned consensus that a pinch on one's bottom by a stranger bears a sexual connotation.

In Switzerland, touching a person's bottom, breast, upper thigh or stomach can be considered as sexual harassment.<sup>54</sup> In one case, a superior who reached under a trainee's shirt and caressed his back was found guilty of sexual harassment.<sup>55</sup> While these sexual assaults may appear minor, it must be stressed that the person affected may perceive even such «minor» incidents as threatening and may even suffer serious mental health issues as a result, as studies have shown: «Sexual harassment, even at relatively low frequencies, exerts a significant negative impact on women's psychological well-being and, particularly, job attitudes and work behaviours.»<sup>56</sup>

Several studies and cases hint at a general assumption that touching a person's bottom has a sexual connotation. Thus, there is considerable authority indicating that the buttocks can be considered an intimate and private part of the human body, to which any touch of any kind carries the assumption of a sexual connotation as an objective criterion. As described above in the case of the paramedic in *R v. Jones*, subjective criteria – such as the particular context or the intent and purpose of the alleged attacker – may disprove said assumption. Also, the specific relationship between the touching person and the recipient can be relevant to disprove said assumption. For example, it might be typical for close friends to touch each other in a certain way, but unusual to be touched in the same way by a perfect stranger. Thus, one can maintain that touching a woman's buttocks raises an inherent assumption that the touch has a sexual connotation.

For these reasons, I am satisfied that the error identified in the first ground of the appeal could be made out.

### 3.3 Did the magistrate err in failing to find that the unlawful act complained of offended against contemporary community standards?

In her submission, the appellant cited the #MeToo movement, stating that this has changed community standards of propriety and decency. It thus reflects today's standards of decency among ordinary members of the public.

#MeToo emerged as a reaction to the Harvey Weinstein allegations, which exposed an endemic issue of sexual harassment and assault in the movie industry. The idea was to

53 RENZIKOWSKI JOACHIM, in: Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3<sup>rd</sup> ed., Munich 2017, para. 11 to § 184i [translation of the author].

54 Federal Council Dispatch 1985, p. 1093; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 6B\_966/2016 from April 26, 2017 section 1.3; Decision of the Swiss Federal Supreme Court 6B\_702/2009 from January 8, 2010 section 5.5; ISENING (Fn. 31), para. 18 to art. 198 CC; SCHEIDEGGER (Fn. 30), p. 284.

55 BGE 137 IV 263 E. 3.2.

56 See SCHNEIDER KIMBERLY/SWAN SUZANNE/FITZGERALD LOUISE, Job-Related and Psychological Effects of Sexual Harassment in the Workplace: Empirical Evidence From Two Organizations, in: *Journal of Applied Psychology* 1997/82, p. 401 et seq., p. 412.

motivate all those who have been subject to sexual harassment or assault to adopt #MeToo as their status, to highlight how severe the problem is – and not just in the film industry. The reaction was immense and revealed how sexual harassment and abuse are experienced all over the world by all kinds of people.<sup>57</sup>

The magistrate acknowledged that the #MeToo movement has provoked discussions and debate within the current community regarding sexual harassment and abuse as to where the line is drawn. However, her Honour contended that this does not suggest that the action in question must be inherently indecent.

There is indeed wide discussion on the relevance and significance of #MeToo in shaping the perceptions of society on issues surrounding sexual abuse and harassment.<sup>58</sup> Legal scholars argue that the movement is confined to raising awareness and that this alone does not equate to social, cultural and political change.<sup>59</sup> In the words of feminist legal scholar SARAH BANET-WEISER: «Visibility is at best a tool for social change, not an end.»<sup>60</sup> This may be the case on a broader scale, when it comes to questioning the patriarchal structures in place and the endemic sexual abuse and harassment that women are confronted with.

However, one must also address the narrow and particular question of whether the #MeToo debate has changed what society perceives to be accepted or tolerated societal conduct. It may be argued that #MeToo has manifested how people on the receiving end of such treatment really feel; and has thus raised awareness of the deplorability and pain that it has caused and still causes.<sup>61</sup> Fifty years ago, for example, women were regularly exposed to types of work conduct that we nowadays regard as unacceptable. Adopting the magistrate's methods of argumentation – which reflect on access to pornography and on modern dance moves – one can also observe modern perceptions through popular media. The celebrated series *Mad Men*, for example, which is set in 1960s New York, illustrates how women faced rampant sexism in the workplace – something that modern audiences usually view with disgust or shame towards the past.<sup>62</sup> The «more genteel times» to which the magistrate alludes were not, in fact, genteel. They were times drenched in machismo, when women routinely endured denigrating sexual harassment from their bosses and/or co-workers and were unable to speak up out of fear.<sup>63</sup> In brief, the past was not necessarily more genteel to women.

The magistrate's argument that #MeToo has not led to any changes in community standards regarding the indecency of touching some parts of the body partly coincides

---

57 See, for example, FOX KARA/DIEHM JAN, #MeToo's global moment: the anatomy of a viral campaign, in: CNN from November 9, 2017.

58 FILEBORN BIANCA/LONEY-HOWES RACHEL, A New Day Is on the Horizon?, in: Fileborn Bianca/Loney-Howes Rachel (eds.), #MeToo and the Politics of Social Change, p. 335 et seq., p. 335.

59 For example, *ibid.*, p. 336–337.

60 BANET-WEISER SARAH, Popular Feminism: #metoo, in: Los Angeles Review of Books, January 27, 2018.

61 Cf. MACKINNON CATHARINE, Where #MeToo Came From, and Where It's Going, in: The Atlantic, March 24, 2019.

62 FERRUCCI PATRICK/SHOENBERGER HEATHER/SCHAUSTER ERIN, It's a mad, mad, mad, ad world: A feminist critique of *Mad Men*, in: Women's Studies International Forum 2014/47, p. 93 et seq.

63 MACKINNON (Fn. 61).

with the findings of some feminist legal scholars, who maintain that while the movement has increased visibility and awareness of sexual harassment and abuse, this in itself does not represent social change.<sup>64</sup> «Simply becoming visible does not usher in sweeping change,» states BANET-WEISER.<sup>65</sup> However, I would argue that #MeToo proves to be an ideal tool to identify the kinds of conduct that are tolerated or perceived by a society as indecent, to say the least. Raising awareness can expose how a community perceives sexual harassment and abuse as frequent, collective and dehumanizing; and can also promote empathy for the persons concerned.<sup>66</sup> Some feminist scholars argue that this can also be said of #MeToo.<sup>67</sup> However, the movement takes a particular stance, since it not only raises awareness of the prevalence of sexual harassment and abuse, but also reveals a truth and proves a point.<sup>68</sup>

Nevertheless, it remains to be seen where the #MeToo movement will lead us or whether it will eventually fade away. Legal scholars tend to be cautious in this regard and contend – while acknowledging the ample opportunities #MeToo affords for social change – that the long-term effects and ultimate impacts of the movement on our social and political environment as yet remain unclear.<sup>69</sup> However, it cannot be contested that #MeToo has evolved from an initiative launched by actors in the US to a transnational feminist movement with global representativeness.<sup>70</sup> #MeToo has in fact resulted in various contextualised and localised manifestations all around the world.<sup>71</sup> I therefore think it is appropriate to argue that while #MeToo has not in itself resulted in a change in community standards, it has revealed that a change has already taken place as to which types of conduct should be deemed «indecent». The movement is therefore reflective – at the very least – of how sexual harassment and abuse are perceived today.

The fact that the magistrate misidentified current community standards is further manifested in some of her contradictory findings. Her Honour reasoned that while in the past, touching a woman's buttocks had sexual connotations, this is no longer the case.<sup>72</sup> The reason for this, she found, is that in the 1970s and 1980s, women were regularly oversexualised as reflected in popular media. Groping a woman's breast and pinching her bottom were immediately seen as overtly sexual, naughty and inappropriate.<sup>73</sup> The magistrate's reasoning therefore seems to be that the more oversexualised women are, the

---

64 For example, BANET-WEISER (Fn. 60), with further references.

65 Ibid.

66 KELLAND LINDSAY, A Call to Arms: The Centrality of Feminist Consciousness-Raising Speak-Outs to the Recovery of Rape Survivors, in: *Hypatia* 2016/31(4), p. 730 et seq., p. 735.

67 GASH ALISON/HARDING RYAN, #MeToo? Legal Discourse and Everyday Responses to Sexual Violence, in: *Laws* 2018/7(2), p. 21 et seq., p. 30.

68 Ibid, p. 31.

69 MENDES KAITLYNN/RINGROSE JESSICA/KELLER JESSALYNN, #MeToo and the promise and pitfalls of challenging rape culture through digital feminist activism, in: *European Journal of Women's Studies* 2018/25(2), p. 236 et seq., p. 244; GASH/HARDING (Fn. 67), p. 33.

70 GHADERY FARNUSH, #MeToo – Has the 'sisterhood' finally become global or just another product of neoliberal feminism?, in: *Transnational Legal Theory* 2019/10(2), p. 252 et seq., p. 273–274.

71 FOX/DIEHM (Fn. 57); cf. GHADERY (Fn. 70), p. 268–273.

72 *Johnson v. Ramsden*, para. 25(e).

73 Ibid, para. 25(f).

less touching the community will accept. However, this is not where her argumentation leads to.

In the magistrate's words, «in an era of twerking [...], simulated sex and easy access to pornography», the past must be considered a «more genteel» time in which women were less sexualised. However, this is diametrically opposed to her Honour's finding that in the past, women were more oversexualised. Hence, community standards must surely have become stricter regarding sexual harassment and abuse, and not simply have slackened as the situation worsened. In any event, whatever difference her Honour found between the community standards of the past and present, her initial finding that there has in fact been little change in the views of the community regarding the indecency of touching some parts of the body is contradictory.<sup>74</sup>

Indeed, the objectification of sex may have led to a big change in perceptions of sexual images and pornography. However, as the German legal scholar JOHANNES BRÜGGEMANN points out, this has actually raised awareness of certain types of conduct between men and women, removing some patriarchal inferences from sexual criminal offences, rendering them stricter and less tolerant of old perceptions of how women could be treated.<sup>75</sup>

The magistrate's mention of the sports field as a special space in which slaps on the bottom have an entirely new dimension also seems amiss when evaluating a situation that occurred not on a sports field, but rather while a team photograph was being taken after a wheelchair basketball charity event. In particular, the magistrate's description of a slap on the bottom as a sign of congratulation, commiseration or encouragement fails to explain how this sits with the respondent's conduct during a team photograph with the intention of catching the appellant's attention. Furthermore, in my opinion, such conduct does not transcend the male and female divide, but rather exacerbates it.

The analogies that the magistrate drew from «popular media» and the sporting arena to reach her conclusions are therefore flawed and led her Honour into error.

For these reasons, I was satisfied that error as alleged in the second ground of the appeal could be demonstrated.

### 3.4 Conclusion of the Judgment

In my respectful opinion, the magistrate erred in finding that the touching of the complainant's buttocks was not inherently sexual and did not amount to an act which was capable of having a sexual character, considering prevailing community standards of decency and propriety.

Her Honour wrongly took into account the applicable principles that the touching of the appellant by the respondent was not indecent.

For these reasons, I find the appellant's proposed grounds of appeal reasonable and satisfactory. Accordingly, I have formed the opinion that leave to appeal should be granted. I will make orders to that effect and permit the appeal.

---

74 Cf. *ibid.*, para. 25(b).

75 BRÜGGEMANN JOHANNES, *Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Die Reform der Sexualdelikte einst und jetzt*, Baden-Baden 2013, p. 493, p. 503.

#### 4 Conclusion and Outlook: Feminist Judgments in Switzerland

The rewritten judgment shows how the original Australian ruling in *Johnson v. Ramsden* can be reconsidered and even alter the legal outcome of the case. The different approach and mentality give way to new arguments that, it may be argued, were insufficiently considered in the original case. Hence, the Feminist Judgment provides a critical response to a court decision by suggesting an alternative, while preserving the form and methodology of a judgment.

Swiss scholarship appears to be unfamiliar with the idea of Feminist Judgments and to date, there is no Swiss Feminist Judgment Project. Writing judgments is usually confined to the courts and writing judgments outside this forum could disrupt the courts' exclusive authority over legal decision making. However, rewriting key judicial decisions from a feminist perspective has the potential to cast traditional notions about womanhood, gender rights and sexuality in a different light. Certainly, *Johnson v. Ramsden* might have been decided differently in Switzerland. As referenced in the rewritten judgment, Swiss scholars to date do not relativise the touching of a person's buttocks due to the alleged popularity of twerking and easy access to pornography, as the Australian judges did. Nevertheless, there is plenty of room for improvement in areas that are particularly affected by society's view of sexuality and gender.

MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER – the first female judge to sit in the Swiss Federal Supreme Court – has already hinted at some judgments of the Federal Supreme Court that may have been decided in favour of gender equality.<sup>76</sup> Perhaps the best-known case is that of Emilie Kempin-Spyri, who fought for her right to practise as a lawyer. In 1887, the Federal Supreme Court dismissed her claim, arguing that an understanding of the right to equality that also encompassed women was both new and bold (*«ebenso neu als kühn»*).<sup>77</sup> BIGLER-EGGENBERGER'S analysis shows that the Federal Supreme Court places greater emphasis on formal equality under the law than on the actual realisation of gender equality. In her mind, the courts should give greater consideration to the concrete circumstances of people's lives when passing judgment.<sup>78</sup> How exactly to improve these cases may be revealed by rewriting the decisions from the perspective of a feminist judge.

---

76 Cf. BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, *Justitias Waage – wagemutige Justitia?*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Mann und Frau, Basel/Genf 2003.

77 BGE 13 I 1 E. 2 S. 4.

78 BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 76), p. 325–329, 353–356.



# Beweislastumkehr in Gleichstellungsprozessen

---

Tatjana Metzger

*Im Jahr 1996 trat das Gleichstellungsgesetz in Kraft. Vor der Einführung des Gesetzes gehörten Beweisschwierigkeiten sowie die Beweislast aufseiten der Arbeitnehmenden zu den grössten Hürden im Bereich der Gleichstellung im Erwerbsleben. Dies führte dazu, dass mit dem Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes in Art. 6 GlG eine Beweislaste erleichterung eingeführt wurde. In der Praxis wurde diese Erleichterung jedoch oft nicht angewendet, und wenn doch, dann relativ intransparent. Dieser Artikel befasst sich mit den Problemen in der Praxis und zeigt verschiedene Lösungsansätze auf.*

## 1 Einleitung

Das Gleichstellungsgesetz<sup>1</sup> trat am 1. Juli 1996 in Kraft, mit dem Zweck, die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben zu verwirklichen. Bei der Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen stellen insbesondere die Beweismöglichkeiten in Arbeitsverhältnissen für die Arbeitnehmenden oft eine Herausforderung dar. Aus diesem Grund ist in Art. 6 GlG für die meisten Fälle der Geschlechterdiskriminierung eine Beweislaste erleichterung vorgesehen.<sup>2</sup>

Durch die Spezialbestimmung in Art. 6 GlG hat die potenziell von einer Geschlechterdiskriminierung betroffene Partei die Möglichkeit, eine Diskriminierung einzuklagen, ohne den vollen Beweis erbringen zu müssen. Es ist vorgesehen, dass die behauptete Tatsache lediglich glaubhaft gemacht werden muss. Die Norm wird als eine der wichtigsten Errungenschaften des Gleichstellungsgesetzes angesehen.<sup>3</sup> Es stellt sich die Frage, ob die Erwartungen, welche mit der Einführung der Beweislastumkehr verbunden waren, erfüllt werden konnten.

---

1 Gleichstellungsgesetz (GlG) vom 24. März 1995, SR 151.1.

2 STEIGER-SACKMANN SABINE, Der Beweis in Gleichstellungsprozessen, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 83 ff., S. 83.

3 SCHMID GÖLDI RITA/SCHÜRER HANS UELI, Die Frau im Arbeitsrecht, 1. Aufl., Zürich 1996, S. 111.

Art. 6 GlG soll Arbeitnehmende unterstützen, jedoch kommen in der Umsetzung Schwierigkeiten auf. Ein Anzeichen dafür, dass noch immer keine vollständige Gleichstellung zwischen Frauen und Männern im Erwerbsleben besteht, ist, dass es in der Politik immer wieder Vorstösse zur Erweiterung der Beweislast erleichterung in Gleichstellungsprozessen gibt. In einem Forschungsbericht aus dem Jahr 2017 über die Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Gleichstellungsgesetz in den Jahren 2004–2015 wurde aufgezeigt, dass bei der Anwendung von Art. 6 GlG der Beweis der Geschlechterdiskriminierung vor Gericht meist nicht erfolgreich war.<sup>4</sup>

Die Frage, ob die mit der Einführung der Beweislast erleichterung verbundenen Erwartungen erfüllt wurden, wird nach folgendem Vorgehen versucht zu beantworten: Zuerst wird auf die Einbettung von Art. 6 GlG in den allgemeinen Grundsatz der Beweislast nach Art. 8 ZGB eingegangen und die Glaubhaftmachung nach dem Gleichstellungsgesetz näher erläutert. Die Anwendung in der Praxis wird basierend auf einer Analyse von Bundesgerichtsentscheiden zusammengefasst und resultierend daraus werden Lösungsansätze erarbeitet.

## 2 Grundsatz der Beweislast nach Art. 8 ZGB

Art. 8 ZGB regelt den Grundsatz der privatrechtlichen Beweislast:<sup>5</sup> «Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.»<sup>6</sup> Aus Art. 8 ZGB lässt sich zudem das Recht auf Gegenbeweis ableiten.<sup>7</sup> Die Norm gilt, sofern im Gesetz keine *Lex specialis* vorgesehen ist, welche Art. 8 ZGB vorgeht.<sup>8</sup>

Ursprünglich wurde Art. 8 ZGB als blosse Beweislastregel konzipiert. Im Verlaufe der Jahre wurde diese Regel aber vom Bundesgericht erweitert. Nach jetzigem Rechtsverständnis regelt Art. 8 ZGB die Beweislast im objektiven Sinn, das Beweismass sowie das Recht auf Beweis.<sup>9</sup>

Das Beweismass legt fest, mit welchem Grad der Sicherheit eine Tatsachenbehauptung bewiesen werden muss, damit der Beweis als erbracht angesehen wird.<sup>10</sup> Beweismass und Beweislast sind komplementär, nicht aber identisch. Das Beweismass

4 LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2015), Forschungsbericht, Bern 2017, S. 8.

5 WALTER HANS PETER, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, 1. Aufl., Bern 2012, N 3 zu Art. 8 ZGB.

6 JUNGO ALEXANDRA, in: Zürcher Kommentar zu Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. Aufl., N 68 f. zu Art. 8 ZGB; MARRO PIERRE-YVES, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 11 zu Art. 8 ZGB.

7 MARRO (Fn. 6), N 6 zu Art. 8 ZGB.

8 JUNGO (Fn. 6), N 5 zu Art. 8 ZGB.

9 BERGER-STEINER ISABELLE, Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008/144, S. 269 ff., S. 270.

10 BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern 2008, Rz. 02.55; LARDELLI FLAVIO/VETTER MEINRAD, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, N 15 zu Art. 8 ZGB.

setzt mit dem erforderlichen Überzeugungsgrad quantitativ gestufte Voraussetzungen für die Annahme oder Ablehnung eines Beweises fest und entscheidet auch darüber.<sup>11</sup> Dahingegen regelt die Beweislast, welche Partei eine Tatsachenbehauptung belegen muss und die Konsequenzen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat.<sup>12</sup>

Aus Art. 8 ZGB kann abgeleitet werden, dass ein Beweis nur als erbracht gelten kann, wenn er mit der erforderlichen Intensität erbracht wurde. Im Einzelfall kommen jedoch vielfach Spezialvorschriften, sogenannte *Leges speciales*, zur Anwendung.<sup>13</sup> Das Beweismass und jede seiner Abstufungen basieren einerseits subjektiv auf der richterlichen Überzeugung, andererseits objektiv auf der Wahrheit.<sup>14</sup>

Es können drei Beweismasse unterschieden werden: das Regelbeweismass, die überwiegende Wahrscheinlichkeit und die Glaubhaftmachung.<sup>15</sup>

## 2.1 Das Regelbeweismass

Falls weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Abweichung vorgesehen ist, gilt das Regelbeweismass. Bei diesem muss der ordentliche Beweis erbracht werden, wozu die volle Überzeugung des Gerichts nötig ist.<sup>16</sup> Dabei gilt die Überzeugungstheorie, nach der ein Beweis als erbracht gilt, wenn das Gericht von einer Tatsache vollständig überzeugt ist.<sup>17</sup>

Bei Beweisen handelt es sich immer um Wahrscheinlichkeitsbeweise.<sup>18</sup> Eine absolute Sicherheit im Rahmen der menschlichen Überzeugung ist nämlich praktisch unmöglich. Die menschliche Überzeugung ist immer auch subjektiv geprägt. Daraus lässt sich schliessen, dass die Beweisführung niemals gelingen würde, wenn man absolute Gewissheit verlangen würde. Somit entspricht der Vollbeweis lediglich dem maximalen Grad der Wahrscheinlichkeit, der im Rahmen der menschlichen Wahrnehmung erreichbar ist.<sup>19</sup>

Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass für die Erfüllung des ordentlichen Beweismasses eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit genügt.<sup>20</sup> Somit wird keine absolute Gewissheit vorausgesetzt und die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist selbst dann ausreichend, wenn eine abweichende Möglichkeit nicht absolut ausgeschlossen werden kann.<sup>21</sup> Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird ein Beweis als erbracht angesehen, wenn die Richterin oder der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von einer behaupteten Tatsache überzeugt wurde. Dabei ist es bereits ausreichend, dass

11 WALTER (Fn. 5), N 128 zu Art. 8 ZGB.

12 JUNGO (Fn. 6), N 180 zu Art. 8 ZGB.

13 LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 16 zu Art. 8 ZGB; BGE 144 II 65 E. 4.2.1.

14 BERGER-STEINER (Fn. 9), S. 274.

15 STEIGER-SACKMANN SABINE, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 94 zu Art. 6 GLG.

16 WALTER (Fn. 5), N 134 zu Art. 8 ZGB.

17 JUNGO (Fn. 6), N 37 und 141 zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 134 zu Art. 8 ZGB.

18 WALTER (Fn. 5), N 136 zu Art. 8 ZGB.

19 JUNGO (Fn. 6), N 142 f. zu Art. 8 ZGB.

20 BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b aa.

21 WALTER (Fn. 5), N 136 zu Art. 8 ZGB.

allfällige Zweifel nicht erheblich erscheinen. Jedoch genügt es nicht, wenn eine Behauptung nur überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>22</sup>

Es gibt zwei Abweichungen vom Regelbeweismass, welche sich aus Gesetz oder Rechtsprechung und Lehre ergeben.<sup>23</sup> Es ist wichtig, dass die Rechtsdurchsetzung in keinem Fall aufgrund zu hoher Hürden oder unterschiedlicher Anforderungen, die an die Beweisintensität gestellt werden, scheitert.<sup>24</sup>

Dies soll durch die beiden Ausnahmefälle sichergestellt werden. Die Herabsetzung des geforderten Beweismasses ändert nichts an der Verteilung der Beweislast. Jedoch kommt es aufgrund der herabgesetzten Anforderungen an die Beweisintensität weniger oft zu einem non liquet und dadurch nimmt die Bedeutung der Beweislast ab.<sup>25</sup>

Voraussetzung für eine Beweislasterleichterung ist eine Beweisnot. Eine solche liegt vor, wenn es nach der Natur der Sache nicht möglich oder zumutbar ist, einen vollen Beweis zu erbringen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Tatsachenbehauptung lediglich mittelbar durch Indizien belegt werden kann.<sup>26</sup>

## 2.2 Überwiegende Wahrscheinlichkeit

Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist ein Beweis erfüllt, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Wahrheit einer Tatsache sprechen, dass andere Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.<sup>27</sup> Auch das Bundesgericht sieht den Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erfüllt an, wenn ein anderer Geschehensablauf zwar möglich wäre, aber vernünftigerweise nicht in Betracht fällt und keine massgebende Rolle spielt.<sup>28</sup> Es dürfen stärkere Zweifel als beim ordentlichen Beweis vorhanden sein, jedoch sind diese immer noch von einem stark untergeordneten Gewicht.<sup>29</sup>

## 2.3 Glaubhaftmachung

Wird lediglich der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit einer behaupteten Tatsache übermittelt, ist diese Tatsachenbehauptung als glaubhaft zu betrachten. Somit führt Glaubhaftmachung nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts. Es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der infrage stehenden Tatsache vermittelt wird. Nicht nötig ist dabei, dass die Möglichkeit einer anderen Gestaltung der Verhältnisse

22 BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b aa.

23 JUNGO (Fn. 6), N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 142 zu Art. 8 ZGB.

24 JUNGO (Fn. 6), N 37 zu Art. 8 ZGB.

25 JUNGO (Fn. 6), N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 142 zu Art. 8 ZGB.

26 JUNGO (Fn. 6), N 145 zu Art. 8 ZGB; WALTER (Fn. 5), N 145 zu Art. 8 ZGB; BGE 130 III 321 E. 3.2.

27 WALTER (Fn. 5), N 138 zu Art. 8 ZGB.

28 JUNGO (Fn. 6), N 144 zu Art. 8 ZGB; BGE 133 III 81 E. 4.2.2; BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3.

29 WALTER (Fn. 5), N 138 zu Art. 8 ZGB.

oder der Nichtverwirklichung einer Tatsache ausgeschlossen ist.<sup>30</sup> Wichtig ist, dass auch die Glaubhaftmachung von der blossen Behauptung abgegrenzt wird.<sup>31</sup>

### 3 Lex specialis: Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG

Art. 6 GIG gilt als *Lex specialis* zu Art. 8 ZGB und sieht eine spezielle Beweislastregel für Gleichstellungsprozesse vor. Im Gegensatz zu dem in Art. 8 ZGB verlangten Regelbeweismass wird im Gleichstellungsgesetz lediglich die Glaubhaftmachung einer Tatsache verlangt.

#### 3.1 Entstehung der Beweislastumkehr

Bevor das GIG in Kraft trat, galten Beweisschwierigkeiten als eine der grössten Hürden in der Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen.<sup>32</sup> Diese Schwierigkeiten ergaben sich aus der Gegebenheit, dass Tatsachen bewiesen werden müssen, welche sich im Einflussbereich der Betriebe befinden. Häufig sind diese Tatsachen nur schwer zugänglich, da Arbeitgebende nicht daran interessiert sind, dass deren Gesetzesverstoss bekannt wird.<sup>33</sup> Somit hat die klagende Partei beinahe keine Möglichkeit, den vollen Beweis selbstständig zu erbringen, was Beweisschwierigkeiten in der praktischen Durchsetzung von Gleichstellungsansprüchen verursacht.<sup>34</sup> Gemäss Art. 8 ZGB müsste die Klage abgewiesen werden, wenn das Gericht nicht von der Wahrheit einer geltend gemachten Diskriminierung überzeugt ist.<sup>35</sup> Aufgrund dieser Beweisschwierigkeiten wurde Art. 6 GIG als *Lex specialis* von Art. 8 ZGB eingeführt.

Im Parlament wurde über die Einführung von Art. 6 GIG eine langwierige Diskussion geführt. Thematisiert wurden vor allem der Anwendungsbereich sowie Unsicherheiten bezüglich der rechtlichen Tragweite.<sup>36</sup> Der ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagene

30 JUNGO (Fn. 6), N 41 zu Art. 8 ZGB; LARDELLI/VETTER, N 20 zu Art. 8 ZGB; BGE 144 II 65 E. 4.2.2.

31 WALTER (Fn. 5), N 151 zu Art. 8 ZGB; im Gegensatz zur blossen Behauptung wird bei der Glaubhaftmachung eine plausible und begründete Behauptung verlangt. Diese sollte zumindest teilweise mit Beweisen unterstützt werden.

32 NYDEGGER CHRISTINA, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, in: Müller Roland/Geiser Thomas/Pärli Kurt (Hrsg.), *Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen*, Bd. 23, Zürich/St. Gallen 2019, S. 46 ff.; Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248 ff., S. 1263.

33 NYDEGGER, (Fn. 32), S. 46.

34 JUNGO (Fn. 6), N 292 zu Art. 8 ZGB; MADER LUZIUS, *Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente*, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen*, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 9 ff., S. 31 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 122 zu Art. 6 GIG; BGE 144 II 65 E. 4.2.1.

35 KLETT KATHRIN, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, in: AJP 2001/11, S. 1293 ff., S. 1293.

36 MADER (Fn. 34), S. 32; Botschaft GIG (Fn. 32), S. 1326.

Geltungsbereich von Art. 6 GLG ging dem Nationalrat zu weit. Die Mehrheit beantragte eine Begrenzung des Anwendungsbereiches auf Lohndiskriminierungen.<sup>37</sup> Auch der Ständerat empfand den bundesrechtlichen Vorschlag als zu weitgehend. Jedoch wollte er von einer Beschränkung der Anwendung auf Lohnungleichheit absehen. Damit wurde der Antrag gestellt, dass der Anwendungsbereich auf alle in Art. 3 Abs. 2 GLG genannten Tatbestände erweitert wird. Beim Tatbestand der sexuellen Belästigung folgte der Ständerat dem Nationalrat und schloss diese aus.<sup>38</sup> Da der Nationalrat weiterhin auf seiner ursprünglichen Haltung beharrte, wurde ein Mittelweg eingeschlagen.<sup>39</sup> Bei dieser Lösung wurde die Anwendbarkeit auf alle Diskriminierungstatbestände von Art. 3 Abs. 2 GLG festgelegt, jedoch wurden die sexuelle Belästigung und die Anstellung ausgeschlossen.<sup>40</sup> Schlussendlich war die Mehrheit beider Seiten mit dieser Variante einverstanden und die letzte wichtige Differenz war beseitigt.

### 3.2 Geltungsbereich

Der Geltungsbereich von Art. 6 GLG umfasst Gleichstellungsprozesse mit gewissen Ausnahmen. Im Gesetzestext werden folgende Anwendungsfälle aufgezählt: Aufgabenzuteilung, Gestaltung von Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung. Einen Hinweis auf die Anwendbarkeit im Falle einer diskriminierenden Kündigung findet man auch in der bundesgerichtlichen Praxis, welche Art. 6 GLG ausdrücklich als Anwendungsgrundlage bei einer Entlassung bezeichnet.<sup>41</sup> Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind die sexuelle Belästigung sowie die Diskriminierung bei Anstellung. Bei diesen Szenarien gelten die gewöhnlichen Beweisregeln nach Art. 8 ZGB.<sup>42</sup>

Die Aufzählung in Art. 6 GLG ist an Art. 3 Abs. 2 GLG angelehnt. In diesem Artikel steht: «Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung [...]». Mit dem Begriff «insbesondere» drückt der Gesetzgeber aus, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist. Im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 GLG wird Art. 6 GLG jedoch ohne den Zusatz «insbesondere» formuliert und schliesst demzufolge die sexuelle Belästigung sowie die Anstellung explizit aus. Diese Tatsache liesse den Schluss zu, dass die Anwendungsfälle der Beweislasteichterung abschliessend geregelt sind. Jedoch soll die Auslegung der Norm im Sinne der Ratio Legis erfolgen. STEIGER-SACKMANN vertritt die Meinung, dass die Beweislasteichterung auch für andere diskriminierende Massnahmen, welche von Arbeitgebenden getroffen werden, gelten soll. Auszunehmen seien lediglich die Anstellung sowie die sexuelle Belästigung.<sup>43</sup> Darüber sind auch andere Lehrmeinungen bekannt. So sagt z. B. NORDMANN, dass die Beweislasteichterung lediglich für die sechs abschlies-

37 Votum STAMM JUDITH, amtl. Bull. NR 1994, S. 481 f.

38 Amtl. Bull. SR 1995, S. 321.

39 Votum MEYER JOSY, amtl. Bull. SR 1995, S. 318.

40 Amtl. Bull. SR 1995, S. 321.

41 Urteil des BGER 4C.109/2005 vom 31. Mai 2005 E. 3.2.

42 Amtl. Bull. SR 1995, S. 321.

43 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 114 zu Art. 6 GLG.

send umschriebenen Fälle in Art. 6 GLG anwendbar ist.<sup>44</sup> Der Anwendungsbereich wurde bereits bei der Entstehung des Gesetzes im Parlament heftig diskutiert.<sup>45</sup>

Wenn ein Betrieb eine Massnahme trifft, die nicht in der Umschreibung von Art. 6 GLG vorhanden, aber trotzdem geschlechterdiskriminierend ist, kann dies zu Schwierigkeiten in der Auslegung führen. Ein Beispiel dafür ist ein allfälliger Ausschluss von gesellschaftlichen Betriebsanlässen. Diese Massnahme ist nicht Tatbestandselement von Art. 6 GLG, jedoch handelt es sich dabei um eine Massnahme, die sich auf die Beförderung oder die Arbeitsbedingungen auswirken kann.<sup>46</sup> Daraus lässt sich m. E. schliessen, dass der Anwendungsbereich nicht als abgeschlossen angesehen werden sollte. Unsere heutige Gesellschaft ist von extremer Diversität geprägt, weshalb immer neue Varianten der Geschlechterdiskriminierung entstehen. Es gibt keinen Grund, dass für nicht explizit genannte Diskriminierungstatbestände eine härtere Beurteilung angewendet werden soll.

Wie erwähnt, gilt die Beweislastumkehr nicht in Fällen der sexuellen Belästigung und der Anstellung.<sup>47</sup> Für diese beiden Tatbestände ist weiterhin die allgemeine Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB anwendbar. Die Untersuchungsmaxime wird davon jedoch nicht beeinflusst. Auch bei Verfahren, die diese beiden Tatbestandselemente betreffen, ist das Gericht von Amtes wegen dafür verantwortlich, dass das Beweisfundament beschaffen wird. Zudem haben Arbeitgebende eine «weitgehende Mitwirkungspflicht».<sup>48</sup>

Das Parlament begründete den Ausschluss der sexuellen Belästigung vom Anwendungsbereich von Art. 6 GLG damit, dass in einem solchen Fall beide Parteien die gleiche Ausgangslage und dieselben Kenntnisse haben. Jedoch gilt diese Argumentation nur in denjenigen Fällen, in denen Arbeitgebende selbst die belästigende Person sind. Dieses Szenario wird jedoch nicht häufig auftreten, da die Entschädigung vom Arbeitgebenden entrichtet werden muss und dieser auch belegen muss, dass die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind. Faktisch wird es unabhängig davon ein Ungleichgewicht zulasten der betroffenen Partei geben, die sich vor Gericht zur Wehr setzt. Bei der Entschädigung nach Art. 5 Abs. 2 GLG, wonach der Arbeitgebende zu beweisen hat, dass er die ihm zumutbaren, geeigneten Massnahmen gegen die sexuelle Belästigung getroffen hat, ist die Beweislast erleichterung jedoch anwendbar.<sup>49</sup>

Wenn eine Bewerbung abgewiesen wurde, ist es schwierig, eine allfällige Diskriminierung zu beweisen, da die Arbeitgebenden im Besitz aller Dokumente betreffend die

44 NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 288; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 114 zu Art. 6 GLG.

45 Siehe auch unter Kapitel 3.1.

46 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 113 zu Art. 6 GLG.

47 SCHMID GÖLDI/SCHÜRER, (Fn. 3), S. 110; SCHULZ PATRICIA, Die Anstellung, insbesondere Schutz vor Diskriminierung, in: Schwander Ivo/Schaffhauser René (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Bd. 41, St. Gallen 1996, S. 45 ff., S. 53.

48 GEISER THOMAS, Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, in: ZBJV 1996/132, S. 555 ff., S. 556 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 112 zu Art. 6 GLG.

49 SCHULZ, (Fn. 47), S. 74.

Abweisung sind. Bereits eine Glaubhaftmachung einer Anstellungsdiskriminierung wäre sehr schwierig, während der Beweis einer solchen, aufgrund des Zuganges zu den Beweismitteln, fast unmöglich ist. Obwohl die Anstellung nicht von Art. 6 GlG umfasst ist, besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Mitwirkungspflicht, die den Arbeitgebenden zur Wahrheit und Vollständigkeit der Angaben verpflichtet.<sup>50</sup>

### 3.3 Die Glaubhaftmachung nach Art. 6 GlG

Glaubhaftmachen bedeutet grundsätzlich, dass Arbeitnehmende nur objektive Anhaltspunkte, welche eine Diskriminierung vermuten lassen, vorbringen müssen. Dabei reicht bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit und es ist kein voller Beweis notwendig.<sup>51</sup>

In der Zwischenzeit hat das Bundesgericht eine klare Definition der Glaubhaftmachung geschaffen. Zum Teil folgen die kantonalen Gerichte der oberen Instanz und schliessen sich deren Definition an. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn diese nach einer vergangenen Zurechtweisung des oberen Gerichts in den zukünftigen Urteilen dessen Definition übernehmen.<sup>52</sup>

Die Definition des Bundesgerichtes für den Begriff der Glaubhaftmachung lautet wie folgt: Glaubhaftmachen bedeutet,

«dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte [...] den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er dabei den Vorbehalt preisgeben muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten können».<sup>53</sup>

Die Auslegung der Glaubhaftmachung soll in Beachtung des Gesetzeskontexts gemacht werden. Somit soll eine nicht zu starke Beweisintensität verlangt werden. Bei der Festsetzung des Beweismasses in Prozessen des GlG muss das Gericht in «wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen»<sup>54</sup> die behaupteten Sachverhalte beider Parteien prüfen und beurteilen, ob diese der Wahrheit entsprechen. Dieses Vorgehen dient dem Zweck, dass die besondere Regel der Beweislastleichterung nicht vergessen wird und somit nicht faktisch nie zur Anwendung kommt. Immer beachtet werden soll der Gesetzeszweck von Art. 1 GlG. Es ist von Bedeutung, dass die Realisierung der Gleichstellung von Frau und Mann nie aufgrund von zu hohen Beweishürden misslingt.<sup>55</sup>

50 SCHULZ, (Fn. 47), S. 54.

51 CLASS EDI/MÖSSINGER RAINER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis: Das Gleichstellungsgesetz, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, Sexuelle Belästigung Schwangerschaft und Mutterschaft, Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes, Freizügigkeitsleistung, Zürich 1996, S. 31.

52 FREIVOGL ELISABETH, Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes, in: AJP 2006/11, S. 1342 ff., S. 1347.

53 NORDMANN, (Fn. 44), S. 290; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 126 zu Art. 6 GlG; Botschaft GlG (Fn. 32), S. 1301; BGE 144 II 65 E. 4.2.2; BGE 142 II 49 E. 6.2; BGE 130 III 145 E. 4.2; BGE 125 III 368 E. 4; BGE 120 II 393 E. 4b; BGE 104 Ia 408 E. 4.

54 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 131 zu Art. 6 GlG; BGE 120 II 393 E. 4c.

55 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 131 zu Art. 6 GlG.



Somit erscheint die Glaubhaftmachung als unbestimmter Rechtsbegriff. Da stets ein subjektiver Beurteilungsspielraum offengelassen wird, entstehen Schwierigkeiten für die Gerichte, die Glaubhaftmachung zu erfassen. Wenn die Glaubhaftmachung zu streng beurteilt wird, besteht die Gefahr, dass die Erleichterung der Beweislast nach Art. 6 GLG ohne Wirkung bleibt. Bei einer zu grosszügigen Beurteilung hingegen besteht das Risiko, dass eine nicht diskriminierende Massnahme verboten wird.<sup>56</sup>

Es ist umstritten, ob eine einheitliche Definition für die Glaubhaftmachung gelten soll.<sup>57</sup> Ein Teil der Doktrin verlangt, dass bei der Auslegung der Glaubhaftmachung und der damit verbundenen Festsetzung des unteren Schwellenwertes auf den konkreten Gesetzeszusammenhang abgestellt wird,<sup>58</sup> was eine einheitliche Definition unmöglich machen würde. Dieser Meinung zufolge können unterschiedliche Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden – abhängig davon, ob es sich um prozessuale Entscheide oder um Voraussetzungen einer Beweislastumkehr wie bei Art. 6 GLG handelt.<sup>59</sup>

Das GLG erleichtert den Beweis für das potenzielle Opfer einer Geschlechterdiskriminierung, was bereits in der Marginalie ersichtlich ist. Nach erfolgreicher Glaubhaftmachung einer solchen Diskriminierung wird die Beweislast umgekehrt und dann hat die beklagte Partei zu belegen, dass die Diskriminierung entweder nicht vorhanden ist oder dass die Ungleichbehandlung nicht auf geschlechtsspezifischen Kriterien beruht.<sup>60</sup>

## 4 Anwendung der Beweislastumkehr

Folgend wird zuerst auf die theoretische Anwendung – wie sie von der Lehre festgesetzt ist – eingegangen. Grundsätzlich kann der Beweisgegenstand der Diskriminierung in vier Themen unterteilt werden, welche in zwei Stufen vom Gericht zu prüfen sind. Basierend auf einer Rechtsprechungsanalyse wird darauffolgend aufgezeigt, wie konsequent die Gerichte diesem Vorgehen gefolgt sind.

### 4.1 Beweisthemen

Der Beweisgegenstand der Diskriminierung kann in folgende vier Themen unterteilt werden:<sup>61</sup>

---

56 AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de le LEg, in : Dunand Jean-Philippe/Lempen Karine/Mahon Pascal (Hrsg.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996–2016 : 20 ans d'application de la LEg*, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 102 ff.

57 BERGER-STEINER (Fn. 10), Rz. 03.310 und 06.48 ff.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG.

58 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG; Urteil des BGE 4C.332/2002 vom 8. Juli 2003 E. 3.

59 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 130 zu Art. 6 GIG.

60 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 143 f. zu Art. 6 GIG; Botschaft GIG (Fn. 32), S. 1301; BGE 142 II 49 E. 6.3; BGE 127 III 207 E. 3a.

61 NYDEGGER (Fn. 32), S. 46; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 31 zu Art. 6 GIG.

- Vorliegen einer Massnahme
- Benachteiligung
- Geschlechtsbedingtheit der Benachteiligung
- Fehlen einer objektiven Rechtfertigung für die Benachteiligung<sup>62</sup>

Beim ersten Beweisthema «Vorliegen einer Massnahme» handelt es sich um die Massnahme, mit welcher Arbeitgebende Arbeitnehmende diskriminieren.<sup>63</sup>

Die Benachteiligung, welche aufgrund einer solchen Massnahme entsteht, ist das zweite Beweisthema. Diese Benachteiligung wird mit einem Vergleich zwischen Arbeitnehmenden des gleichen Betriebes bewiesen.<sup>64</sup> Da die Benachteiligung nur mit einem Vergleich bewiesen werden kann, muss dabei Beweis über die Situation der Vergleichsperson abgenommen werden. Der Beweis wird dann als erbracht angesehen, wenn das potenzielle Opfer schlechter als die Vergleichsperson gestellt ist.<sup>65</sup>

Das dritte Beweisthema ist die Geschlechtsbedingtheit. Durch die Diskriminierung muss sich eine Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann ergeben. Hierbei gibt es einen Unterschied zwischen der direkten und indirekten Diskriminierung. Wenn es sich um eine direkte Diskriminierung handelt, kann ein direkter Vergleich zwischen den beiden Geschlechtern vorgenommen werden. Im Gegensatz dazu kann bei der indirekten Diskriminierung die Geschlechtsbedingtheit nicht auf den ersten Blick erkannt werden, da die Massnahme gerade nicht nach dem Geschlecht differenziert. Somit muss bei Vorliegen einer indirekten Diskriminierung bewiesen werden, inwiefern sich die Massnahme auf die unterschiedlichen Geschlechter auswirkt<sup>66</sup> oder inwiefern eine Gefahr besteht, dass die Differenzierung eines der beiden Geschlechter besonders trifft.<sup>67</sup>

Sofern ein Beweis mit der erforderlichen Intensität erbracht wird, wird die Diskriminierung bejaht. Erst dann kommt Beweisthema vier zur Anwendung, bei dem es um den Rechtfertigungsgrund der arbeitgebenden Partei geht. Eine Massnahme verstösst nur gegen das Diskriminierungsverbot, wenn es der beklagten Partei nicht gelingt, eine rechtsgenügeliche Rechtfertigung zu erbringen.<sup>68</sup>

62 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

63 NYDEGGER (Fn. 32), S. 46; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 32 zu Art. 6 GIG.

64 NYDEGGER (Fn. 32), S. 47; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

65 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 33 zu Art. 6 GIG.

66 NYDEGGER (Fn. 32), S. 47; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 34 zu Art. 6 GIG.

67 EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, in: ZBI 2004/105, S. 37 ff., S. 56 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 34 zu Art. 6 GIG.

68 BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Justitias Waage – wagemutige Justitia?, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Gleichstellung von Frau und Mann, Basel 2003, Rz. 570 ff.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 35 zu Art. 6 GIG; BGE 130 III 145, E. 5.1 f.; BGE 127 III 207, E. 3c.

## 4.2 Zweistufige Beweisprüfung

Das Beweisverfahren nach Art. 6 GlG ist in zwei Stufen zu unterteilen:

1. Stufe: Glaubhaftmachung und Gegenbeweis (Beweisthemen 1–3)
2. Stufe: Rechtfertigungsbeweis (Beweisthema 4)<sup>69</sup>

Nach erfolgreicher Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung wird vermutet,<sup>70</sup> dass gegen das Geschlechterdiskriminierungsverbot verstossen wurde. Auf einer zweiten Stufe tritt dann eine Umkehr der Beweislast ein. Dort hat die beklagte Partei mit dem Beweis des Gegenteils<sup>71</sup> zu beweisen, dass die differenzierte Behandlung gerechtfertigt ist. Diese Rechtfertigung hat mit dem Regelbeweismass nach Art. 8 ZGB zu erfolgen. Misslingt der Beweis oder kann die Rechtfertigung durch Gegenbeweis des Arbeitnehmenden widerlegt werden, wird die Klage gutgeheissen.<sup>72</sup>

Wenn die beiden Stufen in der Urteilsfindung nicht getrennt behandelt werden, besteht das Risiko, dass sich die Richterin oder der Richter lediglich zur Wahrscheinlichkeit der einen oder anderen Behauptung äussert und dabei nicht nach dem anzuwendenden Beweismass unterscheidet. Dadurch würde die Beweislasteileichterung nach Art. 6 GlG wirkungslos bleiben.<sup>73</sup>

Der bereits erwähnte Forschungsbericht aus dem Jahr 2017 zeigte auf, dass die Glaubhaftmachung und die Rechtfertigung nur selten unterschieden werden. Dieser Umstand hat sich auch in der Analyse der Rechtsprechung der letzten zehn Jahre bestätigt.<sup>74</sup>

## 4.3 Erkenntnisse der Rechtsprechung

Im Rahmen der Bachelorarbeit, auf welcher dieser Artikel basiert, wurde eine Analyse von Bundesgerichtsentscheiden der letzten 10 Jahre erstellt. Daraus wurden unterschiedliche Ergebnisse aus der Anwendung in der Praxis gewonnen, die folgend zusammengefasst werden. Leider wenden die Kantone Art. 6 GlG nicht oft an und wenn doch, sehr intransparent. Aus der Anwendung der Beweislasteileichterung von den Kantonen konnten deshalb keine Erkenntnisse für die Praxis gewonnen werden. Somit konzentriert sich der folgende Abschnitt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Da die meisten Urteile betreffend Lohndiskriminierungen erfolgten, wird folgend lediglich auf die Lohndiskriminierung eingegangen. Der restliche Anwendungsbereich von Art. 6 GlG wurde schlicht zu wenig durch das Bundesgericht beurteilt, um eine Analyse zu machen und entsprechende Erkenntnisse zu gewinnen.

69 NYDEGGER (Fn. 32), S. 48 f.; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 44 und 123 zu Art. 6 GlG.

70 LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 69a zu Art. 8 ZGB; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GlG.

71 LARDELLI/VETTER (Fn. 10), N 35 zu Art. 8 ZGB; STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GlG.

72 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 46 zu Art. 6 GlG; Urteil des BGer 8C\_675/2016 vom 1. März 2017 E. 3.3; BGE 142 II 49 E. 6.3.

73 STEIGER-SACKMANN (Fn. 15), N 150 zu Art. 6 GlG.

74 LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 24.

In der Regel ist eine Geschlechterdiskriminierung glaubhaft gemacht, wenn Angehörigen eines Geschlechts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ein «signifikant» tieferer Lohn bezahlt wird.<sup>75</sup> In vergangenen Urteilen haben Gerichte Signifikanz bei einer Lohndifferenz von 15 bis 25 Prozent als gegeben erachtet, weshalb die Diskriminierung als glaubhaft gemacht angesehen wurde.<sup>76</sup> Dabei handelt es sich um eine Richtgrösse, die eventuell zusammen mit weiteren Kriterien eine Glaubhaftmachung begründen kann.<sup>77</sup> Von dieser Richtgrösse kann in Einzelfällen auch abgewichen werden. In einem Fall genügte bereits eine Lohndifferenz von 11 Prozent, wobei die Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit knapp drei Jahre länger ausgeübt hatte als ihr Arbeitskollege.<sup>78</sup> Im Falle einer Personalberaterin, deren Anfangslohn 11,5 Prozent unter dem Anfangslohn ihres Vorgängers und 43 Prozent unter dessen Schlusslohn lag, machte das Ausmass des Unterschiedes die Glaubhaftmachung aus. Im gleichen Entscheid wurde auch eine Lohndifferenz von über 15 Prozent zugunsten des Nachfolgers der Arbeitnehmerin, verglichen mit dem Anfangslohn der Beschwerdeführerin, als glaubhaft angesehen.<sup>79</sup> In einem anderen Entscheid erachtete das Bundesgericht zudem einen Lohnunterschied von 50 Prozent als glaubhaft.<sup>80</sup>

Es können auch kollektive Diskriminierungen vorliegen. Dies ist z. B. der Fall, wenn nachträglich vom Ergebnis einer Lohnreihung abgewichen wird, welcher eine Arbeitsplatzbewertung zugrunde liegt. Dabei muss zum Nachteil eines Geschlechts oder einer geschlechtsspezifischen Funktion nachträglich abgewichen werden.<sup>81</sup>

Weiter entschied das Bundesgericht, dass der Beruf der Primarlehrpersonen als «typisch weiblich» zu qualifizieren ist, da mehr als 70 Prozent der Arbeitnehmenden dieser Berufsgruppe Frauen sind.<sup>82</sup> Zudem kann die Einführung verschiedener Lohnsysteme unter gewissen Umständen gerechtfertigt sein.<sup>83</sup>

Die Behörden im öffentlichen Dienst haben bei der Gestaltung eines Lohnsystems einen grossen Freiraum. Das Lohnleichheitsgebot bringt keine grundsätzliche Einschränkung des Ermessensspielraums.<sup>84</sup> Eventuell haben die arbeitgebenden Parteien jedoch nachzuweisen, dass der Spielraum nicht auf diskriminierende Weise gehandhabt wird.<sup>85</sup>

Weiter führte das Gericht aus, dass bessere sprachliche und technische Kenntnisse eines Arbeitnehmenden des andern Geschlechtes nicht ausreichen, um eine 50 Prozent höhere Entlohnung zu rechtfertigen. Das Gericht prüfte systematisch sechs Gründe zur

75 BGE 142 II 49 E. 6.2; Urteil des BGer 4A\_614/2011 vom 20. März 2012 E. 3.2; BGE 130 III 145 E. 4.2.

76 BGE 142 II 49 E. 6.2; BGE 130 III 145 E. 4.2; BGE 125 III 368 E. 4.

77 BGE 142 II 49 E. 6.2.

78 BGE 144 II 65 E. 4.2.3; Urteil des BGer 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 5.

79 BGE 142 II 49 E. 7.

80 Urteil des BGer 4A\_261/2011 vom 24. August 2011 E. 3.4.

81 BGE 144 II 65 E. 4.2.3; 125 II 541 E. 6a f.; 124 II 409 E. 11e; 124 II 436 E. 7c f.

82 BGE 141 II 411 Regeste.

83 BGE 143 II 366 E. 3.10.

84 BGE 142 II 49 E. 6.3; Urteil des BGer 8C\_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1.

85 BGE 142 II 49 E. 6.3.

Rechtfertigung.<sup>86</sup> Schlussendlich konnten nur zwei Kriterien zur Rechtfertigung beigezogen werden, nämlich die Fach- und Sprachkenntnisse des Mannes. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde festgelegt, dass diese beiden nicht diskriminierenden Faktoren eine 50-prozentige Ungleichbehandlung nicht zulassen.<sup>87</sup>

Auch wenn die Untersuchungsmaxime angewendet wird, sind die Parteien nicht von jeglicher Behauptungs- und Substanziierungspflicht befreit. Bei der Glaubhaftmachung einer Diskriminierung muss eine Substanziierung bezüglich eines wirklichen Vergleichstatbestandes verlangt werden.<sup>88</sup> Um eine Geschlechterdiskriminierung glaubhaft zu machen, braucht es einen Vergleich von Verdienstmöglichkeiten aus unterschiedlichen Tätigkeiten. Zudem muss aufgezeigt werden, weshalb von einer Gleichwertigkeit der genannten Funktionen auszugehen ist.<sup>89</sup>

Ferner hat das Bundesgericht im Sinne eines allgemeingültigen Grundprinzips bereits festgehalten, dass Arbeitgebende nicht eine Diskriminierung mit einer Diskriminierung rechtfertigen können. Dieses Prinzip hat es in einem Entscheid über Lohndiskriminierung bestätigt.<sup>90</sup>

Es muss jedoch festgehalten werden, dass es sich bei den obigen Erkenntnissen lediglich um Einzelfälle handelt und daraus ein Versuch entstand, die durchschnittliche Anwendung des Gerichtes darzustellen. Insgesamt lässt sich sagen, dass die Urteile sehr unterschiedlich ausfallen und keine Tendenz der Gerichte erkennbar ist.

## 5 Zusammenfassung und Lösungsvorschläge

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass bei der Anwendung von Art. 6 GLG in der Gerichtspraxis noch viel Potenzial besteht. Damit dieses Potenzial in Zukunft ausgeschöpft werden kann, wird folgend auf die Erkenntnisse und Probleme, die sich aus der Bachelorarbeit auf welcher dieser Beitrag basiert ergeben haben, eingegangen und es werden Empfehlungen abgegeben, damit die Beweislast erleichterung ihren ursprünglichen Zweck zu erfüllen vermag.

### 5.1 Ergebnisse

Basierend auf aus der Bachelorarbeit gewonnenen Erkenntnissen und im Hinblick auf das ursprünglich verfolgte Ziel von Art. 6 GLG, gibt es unterschiedliche Lösungsansätze, damit die Umsetzung der Beweislast erleichterung in Zukunft optimal erfolgt und die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben besser verwirklicht werden kann.

Die Analyse der Gerichtsurteile hat ergeben, dass die Glaubhaftmachung in weniger als der Hälfte der Urteile gelungen ist. Jedoch haben die Gerichte in den letzten Jah-

---

86 Es wurden die folgenden Rechtfertigungsgründe geprüft: unterschiedliche Stellung; privilegierte Beziehungen für Neukundenakquise; Fachkenntnisse; Sprachkenntnisse; Arbeitsleistung sowie die Konjunkturlage.

87 Urteil des BGer 4A\_261/2011 vom 24. August 2011 E. 3.3 f.

88 BGE 144 II 65 E. 7.2.4; BGE 125 II 385 E. 5c und e.

89 BGE 144 II 65 E. 7.

90 BGE 136 II 393 E. 11.3; BGE 127 III 207 E. 4b.

ren eine meist einheitliche Definition verwendet und sich in ihren Urteilen auch immer wieder an die bisherige Rechtsprechung angelehnt. Damit wurde mehr Rechtssicherheit geschaffen. Bei den Urteilen, in denen die Glaubhaftmachung bejaht wurde, gelang es den Arbeitgebenden in knapp einem Drittel der Fälle, einen Rechtfertigungsbeweis zu erbringen und damit die Abweisung der Klage trotzdem zu erreichen.

Die meisten Klagen erfolgten durch Lehrpersonen, welche nicht zufrieden mit ihrer Lohneinreihung waren. Darauf folgend kommt die Gesundheitsbranche mit den zweitmeisten Klagen. Die restlichen Urteile verteilen sich auf unterschiedliche Branchen. Deutlich über die Hälfte der Entscheide wurde im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen beurteilt.

Mit Abstand am häufigsten wurden Klagen aufgrund von Lohndiskriminierung eingereicht. Da die Gerichte bei der Beurteilung von Kündigungen das GLG jedoch oft nicht angewendet haben, kann davon ausgegangen werden, dass deutlich mehr Fälle diskriminierender Kündigung vorkommen. Häufig wurden Entscheide bezüglich der diskriminierenden Kündigung nur unter Berücksichtigung des OR getroffen. Daraus folgte, dass die in Art. 6 GLG vorgesehene Beweislast erleichterung nie angewendet werden konnte. Zudem haben sich in der Praxis Arbeitnehmende teilweise nicht auf das GLG berufen, obwohl es anwendbar gewesen wäre.

Zudem zeigte sich, dass die beiden vorgegebenen Stufen Glaubhaftmachung und Rechtfertigung in den Urteilen meistens nicht beachtet wurden. Die beiden Etappen wurden vermischt und es war nicht klar ersichtlich, welches Beweismass angewendet wurde.

Zwar definieren die oberen Instanzen und häufig auch die unteren den Begriff der Glaubhaftmachung fast identisch, jedoch erfolgt noch immer keine transparente Anwendung in der Prüfung von Art. 6 GLG. Die Erläuterungen zeigen, dass es trotz der vorgesehenen Beweislast erleichterung schwierig ist, eine Geschlechterdiskriminierung zu beweisen.

## 5.2 Herausforderungen

Aufbauend auf diesen Ergebnissen lassen sich unterschiedliche Herausforderungen herausarbeiten. Ein erstes Problem besteht in der Nichtanwendbarkeit von Art. 6 GLG auf Klagen wegen diskriminierender Nichtanstellung. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Klagen aufgrund dieses Tatbestandselementes meistens nicht gutgeheissen werden. Ein Grund dafür sind die Beweisschwierigkeiten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Tatbestand der Anstellung vom Anwendungsbereich von Art. 6 GLG ausgenommen wurde.

Das Problem, dass das Gesetz überhaupt nicht angewendet wird, kann darauf zurückgeführt werden, dass das Vorliegen einer Geschlechterdiskriminierung oft nicht erkannt wird.<sup>91</sup> Offenbar wurde unter der Dispositionsmaxime verstanden, dass das Gericht nur auf die explizit in der Klage formulierten Tatbestände eingehen muss.<sup>92</sup> Kündigungen werden z. B. sehr oft in Verbindung mit Mutterschaft ausgesprochen. Solche

91 FREIVOGEL (Fn. 52), S. 1350; LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 24, S. 29.

92 NYDEGGER (Fn. 32), S. 68; STEIGER-SACKMANN, Kommentar 2009 (Fn. 15), N 18 zu Art. 6 GLG.

Diskriminierungsfälle werden oft nicht als Diskriminierung erkannt und deshalb lediglich unter dem Blickwinkel des OR beurteilt. Dies verunmöglicht die Anwendung von Art. 6 GLG.<sup>93</sup> Auch die Arbeitnehmenden bringen oft keine Geschlechterdiskriminierung vor, da für sie die Kündigung im Vordergrund steht und oft nicht erkennbar ist, dass die Entlassung aufgrund des Geschlechtes erfolgte.

Da die beiden Stufen im Verfahren in den meisten Urteilen nicht klar unterschieden werden, werden auch die anzuwendenden Beweismasse nicht differenziert. Dadurch ergibt sich das Problem, dass die bloße Glaubhaftmachung oft strenger beurteilt wird als vorgesehen.

Vor allem die unteren Instanzen akzeptieren Rechtfertigungsgründe relativ schnell. Dieser Umstand verursacht Schwierigkeiten, eine Geschlechterdiskriminierung zu belegen. Häufig wird ein Fall nämlich nach einer ersten Ablehnung mit Unsicherheiten verbunden sein und dann nicht an die nächste Instanz weitergezogen. Dadurch wird vom Gesetzeszweck des GLG abgewichen.

Trotz der Beweislasterleichterung müssen Arbeitnehmende noch relativ viele Beweise erbringen und die Dispositionsmaxime wird von den Gerichten oft ungenügend ausgeführt. Oftmals werden an die Glaubhaftmachung solch hohe Anforderungen gestellt, dass Arbeitnehmende nicht mehr von einer Beweislasterleichterung profitieren können.

Im Bereich der Lohndiskriminierung gibt es oft Beweisprobleme. Unternehmen handeln bei der Lohnfestsetzung meistens intransparent und dadurch ist es für die Arbeitnehmenden schwierig, eine Lohndiskriminierung zu erkennen oder glaubhaft zu machen.<sup>94</sup>

### 5.3 Empfehlungen

Es wäre zu begrüßen, wenn der Anwendungsbereich von Art. 6 GLG auf alle Diskriminierungstatbestände ausgeweitet würde, da die sexuelle Belästigung und die Anstellungsdiskriminierung oft aufgrund von Beweisproblemen nicht eingeklagt werden können. Besonders im Bereich der Anstellungsdiskriminierung haben die potenziellen Opfer oft kaum eine Chance, einen Beweis zu erbringen.

Mit Abstand am häufigsten gehen Lohnklagen ein, weshalb es sinnvoll wäre, eine höhere Transparenz im Lohnbereich zu schaffen, damit Diskriminierungen sofort entdeckt werden. Dies wurde mit der letzten Revision des GLG, welche eine Pflicht zur Lohnvergleichsanalyse für Unternehmen ab 100 Mitarbeitenden einführte, gemacht. In Zukunft wird sich zeigen, ob dies das richtige Mittel ist, Lohntransparenz zu schaffen, und sich die Gleichstellung von Arbeitnehmenden verbessert.

Da das GLG oftmals nicht in den Entscheid der Gerichte miteinbezogen wird und dadurch die Beweise nicht gelingen, wäre es wichtig, dass dafür gesorgt wird, dass Gerichte bei Prozessen, die geschlechterdiskriminierende Elemente aufweisen, die Pflicht haben, die Tatbestände des GLG zu prüfen und anzuwenden. Diese Pflicht sollte auch

93 LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, in: AJP 2019/1, S. 78 ff., S. 87; LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 2018/114, S. 81 ff., S. 89.

94 LEMPEN/VOLODER (Fn. 4), S. 31.

bestehen, wenn die Parteien eine Geschlechterdiskriminierung nicht erkennen und somit auch nicht vorbringen. Zudem sollten die Anwältinnen und Anwälte das GLG öfter in Betracht ziehen und dieses in ihre Klagen einbringen. Aktuell wird das GLG oftmals weder vom Gericht noch von den Parteien beachtet, was ausschlaggebend dafür ist, dass es nicht zur Anwendung kommt. Ein Gesetz kann seinen Zweck nicht erfüllen, wenn es nicht angewendet wird.

Damit diesem Umstand entgegengewirkt werden kann, muss das GLG in der Praxis bekannter werden. Dies kann beispielsweise damit erreicht werden, dass die rechtswissenschaftlichen Fakultäten das GLG in ihren Vorlesungen umfangreicher behandeln. Auch mit Informationen an die Arbeitnehmenden kann dafür gesorgt werden, dass allfällige Geschlechterdiskriminierungen besser erkannt und die Ansprüche daraus durchgesetzt werden.

Potenzielle Opfer sollten möglichst alle Beweise sammeln und diese auch vorbringen. Dieser Vorgang ist besonders wichtig, um den strengen Voraussetzungen, welche die Gerichte trotz dem niedrigen Beweismass an die Glaubhaftmachung stellen, entgegenzuwirken. Zudem sollten Vergleichspersonen klar definiert werden. Die Arbeitnehmenden dürfen nicht vergessen, vorzubringen, weshalb ihre Tätigkeit als gleich oder gleichartig wie diejenige der Vergleichsperson qualifiziert werden kann. Falls sie dies unterlassen, wird das Gericht die Glaubhaftmachung schnell verneinen und somit die Klage abweisen. Glaubhaftmachung darf auf keinen Fall als ein blosses Behaupten angesehen werden. Das Ausmass des Beweismasses der Glaubhaftmachung sollte nicht überschätzt werden.

Da beim Bundesgericht vor allem Lohndiskriminierungsklagen beurteilt wurden, fehlt die Rechtsprechung zu den anderen Tatbeständen von Art. 6 GLG und somit kann in der Praxis nicht beurteilt werden, wie ein Gericht entscheidet. Dies hält viele Parteien von einer Klage ab. Auch die Klagen aufgrund geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierungen werden wenig transparent beurteilt und bieten somit der Praxis wenig Unterstützung. Es wäre wünschenswert, wenn dieser Aspekt in Zukunft verbessert wird, damit die allgemeine Gleichbehandlung von Frau und Mann im Erwerbsleben Wirklichkeit wird.

In diesem Beitrag wurden lediglich die Urteile, in denen das Bundesgericht Art. 6 GLG beurteilte, analysiert. Es wäre jedoch interessant, zu sehen, in welchen Fällen es die Gerichte unterlassen haben, die Norm anzuwenden. Diese Frage würde sich eignen, das Thema genauer zu untersuchen. Sollten in Zukunft vermehrt die übrigen Elemente von Art. 6 GLG beanstandet werden, wäre es interessant, zu untersuchen, inwieweit diese ähnlich wie Lohndiskriminierungen beurteilt werden. Bezieht sich das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung, die vor allem in Verbindung mit Lohngleichheitsprozessen steht, oder sieht es von dieser ab?

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch nach über 20 Jahren seit Einführung des Gleichstellungsgesetzes noch immer keine vollständige Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben herrscht. Oftmals können Ansprüche aufgrund von Beweisproblemen nicht durchgesetzt werden, was davon zeugt, dass der Zweck der Norm nicht erfüllt wurde. Es besteht Handlungsbedarf, damit der Beweis von Geschlechterdiskriminierungen im Arbeitsleben erbracht werden kann und nicht schon von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.



# Der Schwangerschaftsabbruch in Deutschland und der Schweiz

Ein Rechtsvergleich anhand der Autonomiefrage der ungewollt schwangeren Person

---

Valentina Chiofalo/Marlene Wagner

*Der Beitrag vergleicht die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in Deutschland und der Schweiz anhand ihrer Vereinbarkeit mit der Autonomie der ungewollt schwangeren Person. Der rechtlichen Analyse wird eine Übersicht der historischen Entwicklung in beiden Ländern vorangestellt, um die Relevanz der Autonomie in feministischen Bestrebungen im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs zu verdeutlichen. Zwar erscheinen das deutsche und das schweizerische Abtreibungsrecht zunächst ähnlich; mit Blick auf die Autonomie können allerdings einige bedeutende Unterschiede herausgearbeitet werden.*

## 1 Einleitung

«Mein Körper, meine Entscheidung», so lautet eine der klassischsten feministischen Forderungen nach Autonomie im Falle einer ungewollten Schwangerschaft. Die meisten Lesenden werden beim Thema Schwangerschaftsabbruch und den damit einhergehenden rechtlichen und gesellschaftlichen Konflikten Bilder von Demonstrationen in Polen und den USA vor sich sehen, in denen sich radikale Abtreibungsgegner\*innen und feministische Bewegungen gegenüberstehen und um die Deutungshoheit ringen. Doch auch in Deutschland und der Schweiz werden Schwangerschaftsabbrüche durch das Strafrecht reglementiert, die Versorgungslage ist nicht immer gesichert. Im Koalitionsvertrag der deutschen Bundesregierung ist vorgesehen, Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch ausserhalb des Strafgesetzbuches zu prüfen.<sup>1</sup> Anlass genug, die bestehenden Regelungen in Deutschland und der Schweiz hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Autonomie der ungewollt schwangeren Person vergleichend zu untersuchen. Im ersten

---

1 Bundesregierung, Mehr Fortschritt wagen., Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), Dezember 2021, S. 116.

Schritt ermöglicht der Blick auf die historische Entwicklung in den jeweiligen Ländern, die Bedeutung der Autonomie in einen gesellschaftspolitischen Kontext zu setzen. Sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz waren feministische Autonomiekämpfe ein elementarer Bestandteil des gesellschaftlichen Diskurses. Anschliessend werden die relevanten Regelungen der beiden Rechtsordnungen skizziert, um diese im dritten Schritt anhand des Autonomiebegriffs vergleichend zu analysieren. Die Erkenntnisse sollen einen neuen Blickwinkel auf den Stellenwert von Autonomie bei der rechtlichen Regulierung von Schwangerschaftsabbrüchen eröffnen.

## 2 Der Schwangerschaftsabbruch in Deutschland

In Deutschland wird der Schwangerschaftsabbruch seit über 150 Jahren in § 218, im Abschnitt zu den Straftaten gegen das Leben, des deutschen Strafgesetzbuchs (StGB-D) kriminalisiert. Neben weiteren Normen im StGB-D (§§ 218a, 218b, 218c, 219 und 219b StGB-D) bestehen zusätzliche ordnungsrechtliche Regelungen im Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG). Eine Besonderheit der deutschen Regelung ist dabei, dass der Schwangerschaftsabbruch nach der Fristenlösung mit Beratungspflicht gemäss § 218a Abs. 1 StGB-D zwar die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs entfallen lässt, die rechtliche Missbilligung über die Rechtswidrigkeit<sup>2</sup> jedoch bestehen bleibt.<sup>3</sup> Als gerechtfertigt werden Abbrüche nur dann gewertet, wenn eine Indikation nach § 218a Abs. 2 oder 3 StGB-D vorliegt. Insgesamt werden in Deutschland circa 96 Prozent aller Abbrüche über die Fristenlösung mit Beratungsmodell gemäss § 218a Abs. 1 StGB-D durchgeführt.<sup>4</sup>

Trotz der generellen Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs lohnt sich ein genauerer Blick auf die deutsche Regelung: zum einen, weil auch in Deutschland die gesellschaftliche Debatte um die Abtreibung seit 150 Jahren schwelt (Kapitel 2.1), zum anderen, weil das deutsche Recht einige Besonderheiten bereithält (Kapitel 2.2).

### 2.1 Historische Entwicklung des Abtreibungsrechts

Im Folgenden sollen zunächst die Entwicklung der §§ 218 StGB-D ff., die Beweggründe der relevanten Akteur\*innen und der Widerstand gegen repressive Abtreibungsrechte vom Kaiserreich (2.1.1) bis zur Wiedervereinigung und dem zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch (2.1.2) beleuchtet werden. Dabei

- 
- 2 § 218a Abs. 1 StGB-D: Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn 1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, 2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und 3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.
  - 3 BVerfGE 88, 203, 15. Leitsatz: Schwangerschaftsabbrüche, die ohne Feststellung einer Indikation nach der Beratungsregelung vorgenommen werden, dürfen nicht für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) erklärt werden. Es entspricht unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen unter staatlicher Verantwortung festgestellt werden muss.
  - 4 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 144 vom 24. März 2021.

wird deutlich, dass feministische Kämpfe um Autonomie immer Teil der Debatte um den Schwangerschaftsabbruch waren.

### 2.1.1 Der Schwangerschaftsabbruch von der Zeit des Kaiserreichs bis ins geteilte Deutschland

Mit Gründung des Deutschen Reichs fand das Abtreibungsverbot Eingang in das Strafrecht: 1871 wurde § 218 im Reichsstrafgesetzbuch des Deutschen Kaiserreichs (RStGB) eingeführt. Schwangerschaftsabbrüche waren vollumfassend kriminalisiert. Die Abtreibung stellte kein Tötungsdelikt im klassischen Sinne dar, wurde aber trotzdem unter dem Abschnitt «Verbrechen wider das Leben» verankert. Grund für die Einführung des Verbots war neben kirchlichen Moralvorstellungen auch ein bevölkerungspolitischer Ansatz: Der Fötus war als potenzielles Leben auch zukünftiger Bürger und sollte dementsprechend geschützt werden.<sup>5</sup>

Die Kombination aus einem absoluten Abtreibungsverbot mit immer schlechter werdenden Lebensumständen durch die Industrialisierung brachte eine grosse Anzahl Frauen dazu, 1913 in einen sogenannten Gebärstreik zu treten. Dabei wurde die Abtreibungsdebatte mit der Klassenfrage verbunden, § 218 RStGB wurde zum «Klassenparagrafen» erklärt: Trotz dem formalen und absoluten Abtreibungsverbot fanden Schwangere immer Wege, eine ungewollte Schwangerschaft zu beenden. Die Sicherheit des Abbruchs verhielt sich entsprechend der Einkommenslage der Abtreibenden.<sup>6</sup>

Die Debatte um das Abtreibungsrecht kam mit Ausbruch des Ersten Weltkriegs zum Erliegen, und auch zu Beginn der neu gegründeten Weimarer Republik gab es keine nennenswerten Reformdebatten. Bis 1933 entwickelte sich zwar eine ausserparlamentarische Massenbewegung gegen § 218 RStGB, dauerhafte politische Allianzen für eine Streichung des Paragrafen konnten aufgrund der unterschiedlichen Interessen und Argumentationsansätze allerdings nicht gebildet werden. Eine umfassende Reform scheiterte. So konnte man sich nicht einmal auf die Einführung einer medizinischen Indikation (Abbruch bei Lebensgefahr) einigen; lediglich eine Strafmilderung wurde durchgesetzt.<sup>7</sup> Das Reichsgericht schritt mit dem Urteil vom 11. März 1927 ein und bestätigte die Zulässigkeit einer Abtreibung aus medizinischen Gründen unter Heranziehung des Güterabwägungsprinzips höchstrichterlich: Bei Lebens- oder schwerer Gesundheitsgefahr müsse es möglich sein, die Schwangerschaft abzubrechen.<sup>8</sup> Zum ersten Mal seit Einführung des Abtreibungsverbots wurde eine tatsächliche Verbesserung der Situation der ungewollt schwangeren Person durchgesetzt.

Diese Verbesserung hielt allerdings nicht lange an, da die NSDAP nach der Machtübernahme 1933 das Schwangerschaftsrecht für die eigene ideologische Bevölkerungspolitik ausnutzte. Der Abtreibungsparagraf diente nicht mehr dem «Schutz des ungeborenen Lebens», sondern dem Ziel der «Rassen- und Bevölkerungspolitik». Das Rechtsgut der «Lebenskraft des Volks» stand im Mittelpunkt. Bei gewerblicher Durchführung von

5 VON BEHREN DIRK, Kurze Geschichte des Paragrafen 218 Strafgesetzbuch, in: APuZ 2019/20, S. 12 ff., S. 12.

6 VON BEHREN (Fn. 5), S. 13.

7 VON BEHREN (Fn. 5), S. 13 f.

8 RG, Urteil vom 11. März 1927, I 105/26 = RGSt 61, S. 242 ff., S. 254–256.

Abtreibungen war die Todesstrafe vorgesehen. Schwangerschaftsabbrüche waren nur bei «unwertem Leben» möglich – der Gebärzwang und die damit einhergehende Klassifizierung von Personen anhand der NS-Rassen- und Bevölkerungspolitik wurden gemeinsam mit den «Erbärzten» und der gleichgeschalteten Justiz umgesetzt.<sup>9</sup> 1933 wurden zusätzlich §§ 219, 220 RStGB eingeführt, um jede Form des öffentlichen Anbietens von Abtreibungen unter Strafe zu stellen.<sup>10</sup>

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs gab es in Westdeutschland zunächst keine Reformbestrebungen. Erst 1953 wurde im Rahmen der dritten Strafrechtsänderung die Todesstrafe für den Schwangerschaftsabbruch gestrichen.<sup>11</sup> Die medizinische Indikation wurde nicht normiert, aber auf Grundlage des Reichsgerichtsurteils von 1927 als Rechtfertigungsgrund akzeptiert.<sup>12</sup>

Durch die 68er-Bewegung und aufsehenerregende Aktionen wie das Stern-Cover von 1971 mit der Aufschrift «Wir haben abgetrieben» wurde der Schwangerschaftsabbruch wieder politisch und gesellschaftlich debattiert. Die Forderung nach einer Liberalisierung des Abtreibungsrechts fand schliesslich Einzug in das 5. Strafrechtsreformgesetz: 1974 sollte eine Fristenlösung mit Beratungsmodell gemäss § 218a StGB-D eingeführt werden. Die damalige Regierung aus SPD und FDP hielt es für kriminalpolitisch verfehlt, Schwangere im Wege einer Strafandrohung von der Geburt zu überzeugen.<sup>13</sup> Diese geplante Liberalisierung trat jedoch nie in Kraft. Laut Bundesverfassungsgericht war die Neuregelung des § 218a StGB-D verfassungswidrig, da der Staat seiner Verpflichtung zum Schutz des ungeborenen Lebens nicht ausreichend nachgekommen sei.<sup>14</sup> Die Schutzpflicht ergebe sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Zum ersten Mal erkannte das Gericht damit an, dass Grundrechte nicht nur individuelle Rechte, die jede\*r Bürger\*in gegenüber dem Staat geltend machen könne, sondern auch Teil einer objektiven Wertentscheidung seien.<sup>15</sup> Statt einer Fristenlösung wurde anschliessend eine weite Indikationslösung in § 218a StGB-D normiert: Der Abbruch war nun aus sozial-medizinischen, eugenischen oder kriminologischen Gründen und über eine Notlagenindikation möglich.<sup>16</sup>

In der sowjetischen Besatzungszone wurde von 1945 bis 1950 eine kriminologische, medizinische oder soziale Indikation akzeptiert. Nach 1950 wurde der Zugang allerdings durch das «Gesetz über den Mütter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau» stark eingeschränkt. Lediglich eine enge medizinische Indikation sowie eine Indikation bei «schwerer Erbkrankheit» waren zulässig.<sup>17</sup> Die Fristenlösung wurde 1972 mit dem «Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft» überraschend, weil ohne vorherige gesellschaftliche oder politische Debatte, eingeführt.<sup>18</sup> Seitdem konnte in der DDR der

9 VON BEHREN (Fn. 5), S. 14.

10 Wissenschaftliche Dienste, Entstehungsgeschichte des § 219a StGB, WD 7 – 3000 – 159/17, S. 5.

11 Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 04.08.1953, Bundesgesetzblatt, Teil I, 1953, S. 735 ff.

12 Vgl. VON BEHREN (Fn. 5), S. 15.

13 BVerfGE 39, 1, S. 15 f.

14 BVerfGE 39, 1, S. 65.

15 BVerfGE 39, 1, S. 41 ff.

16 VON BEHREN (Fn. 5), S. 17 f.

17 LEMBKE ULRIKE, Digitales Deutsches Frauenarchiv, Schwangerschaftsabbruch in DDR und BRD.

18 LEMBKE (Fn. 17).

Schwangerschaftsabbruch in den ersten 12 Wochen ohne weitere Voraussetzungen in einer Klinik vorgenommen werden.

## 2.1.2 Wiedervereinigung, der parlamentarische Konsens und das 2. Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch

Nach der Wiedervereinigung wurde schnell deutlich, dass sich die Frauen der DDR nicht mit einer restriktiven Indikationslösung zufriedengeben würden. Bereits im Februar 1990 wurde von der Sozialistischen Fraueninitiative die «unbedingte Erhaltung der Möglichkeit des legalen Schwangerschaftsabbruches» gefordert.<sup>19</sup> Es folgten Demonstrationen, Unterschriftenaktionen und Protest-Postkarten.<sup>20</sup> Daher wurde in Art. 31 Abs. 4 Einigungsvertrag vom 31. August 1990 festgehalten, dass die DDR-Regelung nicht einfach durch die bundesdeutsche Regelung ersetzt werden solle, sondern eine neue gesamtdeutsche Regelung zu schaffen sei. Nach langen Diskussionen entschied sich der Gesetzgeber 1992 dem Grunde nach für das heutige Beratungskonzept mit 12-Wochen-Frist. Bundestag und Bundesrat einigten sich darauf, dass der Schwangerschaftsabbruch als Straftat in § 218 StGB-D verankert bleiben soll. Über § 218a Abs. 1 StGB-D sollten Schwangere allerdings über die Fristenregelung mit Beratungspflicht in den ersten 12 Wochen gerechtfertigt abtreiben können, und die medizinische und kriminologische Indikation wurde in § 218a Abs. 2/3 StGB-D verankert.<sup>21</sup> Doch auch diese Regelung trat niemals in Kraft, da das Bundesverfassungsgericht die Fassung des § 218a Abs. 1 StGB-D für verfassungswidrig erklärte. Laut dem Zweiten Senat müsse das ungeborene Leben auch gegenüber der werdenden Mutter geschützt werden, «*ungeachtet der Verbindung, die zwischen beiden besteht und bei Mutter und Kind zu einem Verhältnis der Zweifheit in Einheit führt*».<sup>22</sup> Dafür seien vor allem zwei Dinge notwendig: Der Schwangerschaftsabbruch müsse grundsätzlich verboten sein und der Schwangeren müsse die Rechtspflicht zur Austragung des Fötus auferlegt werden. Nur so sei die Schutzpflicht des Staats gegenüber dem ungeborenen Leben gewährleistet.<sup>23</sup> Das Gericht verwendete erneut die Schutzpflichtendimension, um die Rechtsstellung des Embryos sichtbar werden zu lassen – dieses Mal jedoch ausschliesslich über Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (körperliche Unversehrtheit). Die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG wurde «dem Grunde» nach angewandt, diene aber nicht zur Bestimmung des Schutzzumfangs, sondern lediglich zur Herleitung der Schutzpflichtendimension im Allgemeinen.<sup>24</sup>

Zur Bestimmung des Schutzzumfangs wurde erstmalig das Untermassverbot genutzt, um das vom Gesetzgeber gewählte Schutzprinzip, welches vorliegend auf Beratung setzte, zu überprüfen. Im Gegensatz zum ersten Urteil erkannte das Gericht das Beratungsmodell als Schutzkonzept an, doch müsse der gewählte Schutz auch «angemessen und wirksam» sein und auf «*sorgfältiger Tatsachenermittlung und vertretbaren*

19 Sozialistische Fraueninitiative, Positionspapier zur Vereinigung der beiden deutschen Staaten, in: Feministische Studien 1990/1, S. 143 ff., S. 146 f.

20 LEMBKE ULRIKE, Digitales Deutsches Frauenarchiv, Patriarchat lernen

21 Einigungsvertrag Art. 31 Abs. 4, Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27.07.1992.

22 BVerfGE 88, 203, S. 252 f.

23 BVerfGE 88, 203, S. 252 f.

24 CALLIESS CHRISTIAN, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2002, S. 313.

*Einschätzungen beruhen*».<sup>25</sup> Die Ausgestaltung des § 218a Abs. 1 StGB-D als Rechtfertigungsgrund sei nicht mit dem Untermassverbot vereinbar, wodurch der Staat seine Pflicht gegenüber dem ungeborenen Leben verletzt habe. Dabei stellte das Gericht vier massgebliche Anforderungen im Hinblick auf das Untermassverbot auf: *Erstens* müsse der Schwangerschaftsabbruch entsprechend dem Urteil von 1975 grundsätzlich als Unrecht angesehen werden und daher rechtlich verboten sein.<sup>26</sup> Grundrechte der Schwangeren könnten gegenüber diesem grundsätzlichen Verbot niemals durchgreifen, jedoch könnten mit Blick auf die Rechtsposition der Schwangeren Ausnahmeregelungen zulässig oder sogar geboten sein.<sup>27</sup> *Zweitens* sei es Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände zu formulieren. Dabei sei ein Ausgleich zwischen dem Schutz des ungeborenen Lebens und der Rechtsposition der Schwangeren nicht möglich, weil Schwangerschaftsabbruch immer Tötung ungeborenen Lebens sei. Ausnahmen könnten sich daher nur anhand einer Unzumutbarkeitsschwelle für die Schwangere ergeben.<sup>28</sup> *Drittens* müsse der Staat auch bei Vorliegen der Unzumutbarkeit versuchen, die Frau für das Austragen des Kindes zu gewinnen.<sup>29</sup> Und *viertens* lasse es das Untermassverbot nicht zu, auf den Einsatz des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung frei zu verzichten.<sup>30</sup>

Daraus ergebe sich schlussendlich, dass die Beratungslösung nicht als Rechtfertigungsgrund wirken könne, da ansonsten der Unrechtscharakter des Abbruchs entfele. Trotzdem könne der Staat das Beratungsmodell wählen, da die generelle Zulässigkeit eines Abbruchs innerhalb der ersten 12 Wochen mit obligatorischer Beratung und Wartefrist dem Schutz des ungeborenen Lebens diene: Nur so bestehe eine Möglichkeit für den Staat, auf die Schwangere positiv einzuwirken. Denn vor allem in der Frühphase – in der nur die Frau von der Schwangerschaft wisse – müsse der Schutz des ungeborenen Lebens mit der Frau und nicht gegen sie vollzogen werden.<sup>31</sup>

## 2.2 Darstellung des Status quo

Insgesamt erklärte das Bundesverfassungsgericht nicht nur § 218a Abs. 1 StGB-D für verfassungswidrig, sondern gab auch umfangreiche Anpassungen im Regelungswerk rund um den Schwangerschaftsabbruch vor. Nach diesen Vorgaben traten die jetzigen Regelungen 1995 in Kraft und bilden bis heute den einfachgesetzlichen Standard: Im Kern wird der Schwangerschaftsabbruch über das Strafrecht und das Schwangerschaftskonfliktgesetz geregelt.

### 2.2.1 § 218 StGB-D und § 218a StGB-D – Abbruchsverbot und Strafflosigkeit

Dabei stehen, wie bereits dargestellt, § 218 StGB-D (grundsätzliche Strafbarkeit) und § 218a StGB-D (Strafflosigkeit) im Zentrum der strafrechtlichen Normierung. Nach § 218

25 BVerfGE 88, 203, S. 254.

26 BVerfGE 88, 203, S. 255.

27 BVerfGE 88, 203, S. 255.

28 BVerfGE 88, 203, S. 255 f.

29 BVerfGE 88, 203, S. 257.

30 BVerfGE 88, 203, S. 257.

31 BVerfGE 88, 203, S. 266.

a Abs. 1 StGB-D besteht die Möglichkeit, die Schwangerschaft in den ersten 12 Wochen straffrei abzubrechen, wenn sich die Schwangere hat beraten lassen, zwischen Beratung und Abbruch drei Tage liegen und der Abbruch von einem\* einer Ärzt\*in vorgenommen wird. Die Straffreiheit ergibt sich über den Tatbestandsausschluss des § 218 Abs. 1 StGB-D, die Rechtswidrigkeit der Tat bleibt gleichzeitig bestehen<sup>32</sup>. Bei der Berechnung der Frist stellt der § 218a Abs. 1 StGB-D – anders als in der Medizin üblich – auf den schwer bestimmbareren Zeitpunkt der Empfängnis ab. In der Praxis wird die Schwangerschaftswoche anhand des Zeitpunkts der letzten Periode berechnet. Tatsächlich läuft die Frist daher bis zum Ende der 14. *Schwangerschaftswoche*.<sup>33</sup> Entsprechend werden die Zeitpunkte auch im Folgenden treffender anhand der Schwangerschaftswoche nach der letzten Periode angegeben.

In § 218a Abs. 2 und 3 StGB-D finden sich die Indikationslösungen, die – im Gegensatz zu § 218a Abs. 1 StGB-D – als Rechtfertigungsgründe ausgestaltet sind: Ein Abbruch ist dann nicht rechtswidrig, wenn eine medizinisch-soziale (Abs. 2) oder kriminologische (Abs. 3) Indikation gegeben ist. Bei der Bewertung der von § 218a Abs. 2 StGB-D geforderten Notlage werden nicht nur medizinische, sondern auch soziale Aspekte miteinbezogen. Darunter fallen auch psychische Umstände, nicht aber solche Krankheiten, die von der Schwangerschaft nicht beeinträchtigt werden.<sup>34</sup> Zudem darf die Gefahr für den Gesundheitszustand «nicht anders abwendbar» sein. Dabei werden mögliche ärztliche und therapeutische Handlungen in die Bewertung miteinbezogen, eine Einweisung in eine psychiatrische Klinik wird jedoch als «unzumutbar» anerkannt.<sup>35</sup> Eine kriminologische Indikation gemäss § 218a Abs. 3 StGB-D liegt dann vor, wenn die Schwangerschaft aus einer Sexualstraftat resultiert. Es müssen dringende Gründe dafür sprechen, dass die Schwangerschaft auf der Vortat beruht, die nach ärztlichen Erkenntnissen zu bestätigen ist.<sup>36</sup> Die Indikation gemäss Abs. 3 ist allerdings nur bis zur 14. Schwangerschaftswoche zulässig. Ob eine solche Indikationslage vorliegt, muss schriftlich von einem\* einer Ärzt\*in bestätigt werden, der\*die den Abbruch nicht selbst vornimmt. Ein Mangel in der Feststellung berührt nicht den Rechtfertigungsgrund als solchen, sondern begründet eine Strafbarkeit des\* der Ärzt\*in gemäss § 218b Abs. 1 StGB-D.

## 2.2.2 § 219a StGB-D – Werbeverbot

Eine Besonderheit der deutschen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch war § 219a StGB-D: Danach stand jegliche «Werbung» für Schwangerschaftsabbrüche unter Strafe.<sup>37</sup> Da es sich bei § 219a StGB-D voraussichtlich seit Sommer 2022 um Rechtsgeschichte

32 BVerfGE 88, 203, S. 273.

33 Doctors for Choice Germany e. V., Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch.

34 ESCHELBACH RALF, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 52. Aufl., München 2022, N 20 zu § 218a StGB.

35 ESCHELBACH (Fn. 34), N 21 zu § 218a StGB.

36 MERKEL REINHARD, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, N 148 ff. zu § 218a StGB.

37 Absatz 1: Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) seines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstössiger Weise 1. eigene oder fremde Dienste zur Vornahme oder Förderung eines Schwangerschaftsabbruchs oder 2. Mittel, Gegenstände oder Verfahren, die zum Abbruch der Schwangerschaft geeignet sind, unter Hinweis auf diese Eignung

handelt,<sup>38</sup> werden die Ausführungen an dieser Stelle knapp gehalten. Nach § 219a Abs. 1 StGB-D war es verboten, öffentlich eines Vermögensvorteils wegen oder in grob anstößiger Weise für ärztliche Abtreibungsdienste zu werben. Sinn und Zweck des «Werbeverbots» war mittelbar der Schutz des ungeborenen Lebens.<sup>39</sup> Anhänger\*innen des Verbots argumentierten, dass die «Werbung» für einen Schwangerschaftsabbruch verboten sein müsse, um einer Verharmlosung der Thematik entgegenzutreten («gesellschaftliches Klima»); daher sei unerheblich, ob ein legaler oder illegaler Schwangerschaftsabbruch «beworben» werde.<sup>40</sup> Das «Werben» war dann verwirklicht, wenn der Schwangerschaftsabbruch angeboten, angekündigt oder angepriesen wurde. Aufgrund der besonderen Ausgestaltung des § 219a StGB-D war bis 2019 im Kontext der medizinischen Aufklärung jegliche öffentliche Informationsweitergabe von Abtreibungen durchführenden Ärzt\*innen grundsätzlich strafbar. Nach einer gesellschaftlichen sowie politischen Debatte, die zwischen Reformvorschlägen und Abschaffungsbestrebungen der Parteien oszillierte, konnte sich im Ergebnis die (christlich-konservative) CDU/CSU durchsetzen: § 219a StGB-D wurde reformiert und ein neuer Absatz 4 eingeführt, der Ärzt\*innen, Krankenhäusern und Einrichtungen nunmehr die bloße Mitteilung, dass sie einen Schwangerschaftsabbruch durchführen, erlaubte. Die Angabe weitergehender Informationen blieb aber auch nach der Neuregelung strafbar. Selbst die Angabe, dass der Schwangerschaftsabbruch medikamentös und/oder operativ durchgeführt werden kann, erfüllte den Tatbestand des § 219a StGB-D.<sup>41</sup>

### 2.2.3 Flankierende Bestimmungen: § 219 StGB-D sowie §§ 8, 13 und 19 SchKG

Neben den zentralen Normen der §§ 218, 218a enthält das deutsche Recht weitere flankierende Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch. So bestimmt § 219 StGB-D, dass die Pflichtberatung – als Voraussetzung für den straflosen Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB-D – auf den Schutz des ungeborenen Lebens hinwirken soll, um einen Entschluss der Schwangeren gegen den Schwangerschaftsabbruch herbeizuführen.<sup>42</sup> Daneben gilt das Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (kurz: Schwangerschaftskonfliktgesetz, SchKG), welches 1992 erlassen und nach dem Urteil von 1993 an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst wurde. Besonders relevant, insbesondere im Kontext einer Autonomiedebatte, sind dabei die Bestimmungen zur Versorgungslage (§§ 8 und 13 SchKG) sowie zur Kostenübernahme beim Schwangerschaftsabbruch (§ 19 SchKG).

Nach §§ 8 und 13 SchKG sind die Länder verpflichtet, ein ausreichend plurales Angebot wohnortnaher Versorgungs- und Beratungsstellen sicherzustellen. Die Beratungsstellen müssen staatlich anerkannt sein. Nach § 13 Abs. 2 SchKG haben die Länder die

---

anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

38 CHIOFALO VALENTINA, JuWissBlog, Ein (begrenzter) Grund zur Freude? Der Referentenentwurf zur Streichung des § 219a StGB vom 25.1.2022. Der Bundestag hat am 24.06.2022 die Streichung des 219a StGB gebilligt.

39 ESCHELBACH (Fn. 34), N 1 zu § 219a StGB.

40 ESCHELBACH (Fn. 34), N 2 f. zu § 219a StGB.

41 LG Giessen, 4 Ns 406 Js 15031/15, Urteil vom 12.12.2019, Rz. 92.

42 ESCHELBACH (Fn. 34), N 1 zu Vor § 219 StGB.



Pflicht, ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme des Abbruchs sicherzustellen. Dabei ist umstritten, bis zu welcher Distanz noch von einer wohnortnahen Versorgung gesprochen werden kann. Ein angemessener Richtwert dürfte die 100-Kilometer-Grenze sein,<sup>43</sup> da es Betroffenen laut Bundesverfassungsgericht möglich sein muss, die An- und Abreise an einem Tag zu bewältigen<sup>44</sup>.

Die Frage der Kostenübernahme ist in § 19 Abs. 1 SchKG geregelt. Grundsätzlich übernimmt die Krankenkasse keine nicht indizierten Abbrüche, die in Deutschland momentan 96 Prozent der Abbrüche ausmachen.<sup>45</sup> Nach § 19 Abs. 1 SchKG hat die Betroffene jedoch Anspruch auf Leistungen, wenn ihr die Aufbringung der Mittel für den Abbruch einer Schwangerschaft nicht zuzumuten ist. Die Grenze der Zumutbarkeit wird bei einem Einkommen von monatlich 1258 Euro festgesetzt.<sup>46</sup>

### 3 Der Schwangerschaftsabbruch in der Schweiz

Auch das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB-CH) sieht eine grundsätzliche Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs (Art. 118 StGB-CH) vor. Davon abweichend sind Abbrüche bei Vorliegen bestimmter Indikationen und innerhalb einer Fristenlösung in der Frühschwangerschaft nach Art. 119 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB-CH gerechtfertigt.

Dieser Abschnitt zeigt zunächst die historische Entwicklung der geltenden Rechtslage auf (3.1), um diese sodann kurz darzustellen (3.2).

#### 3.1 Historische Entwicklung des Abtreibungsrechts

Dem heute in der Schweiz geltenden Regelungsregime gingen politische Kämpfe voraus, in denen über ein Jahrhundert lang um die autonome Entscheidung der ungewollt schwangeren Person gerungen wurde.

##### 3.1.1 Kriminalisierung ab dem 19. Jahrhundert und Einführung der Art. 118 ff. im Schweizerischen Strafgesetzbuch 1942

Die Regulierung von Schwangerschaftsabbrüchen durch das Strafrecht in der Schweiz ist ähnlich alt wie die deutsche. So wurden Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen etwa im Zürcher Strafgesetzbuch von 1871<sup>47</sup> oder im Basler Strafgesetzbuch<sup>48</sup> von 1872 verankert.<sup>49</sup> Die kantonalen Regelungen unterschieden sich deutlich und reichten von sehr

43 Wissenschaftliche Dienste, Zum Weigerungsrecht von Krankenhäusern, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, WD 7 – 3000 – 087/19, S. 9.

44 BVerfGE 88, 203, S. 330.

45 Statistisches Bundesamt (Fn. 4).

46 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Bekanntmachung v. 2. Juni 2020.

47 §§ 134, 135 Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich.

48 §§ 104, 105 Strafgesetz für den Kanton Basel-Stadt.

49 Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF), 3.8 Schwangerschaftsabbruch, in: Frauen Macht Geschichte, Zur Geschichte der Gleichstellung in der Schweiz 1848–2000, Bern 2001, S. 2.

restriktiven Bestimmungen bis hin zur Zulässigkeit bei medizinischer Indikation.<sup>50</sup> Bestrebungen, die Rechtslage zu liberalisieren, wurden zunächst vornehmlich von sozialistischen Frauenbewegungen unternommen und teilweise von Ärzt\*innen unterstützt.<sup>51</sup> Als nach einer Änderung der Gesetzgebungskompetenz 1898 ein schweizweit einheitliches Strafgesetzbuch eingeführt werden sollte,<sup>52</sup> ergriffen die Anhänger\*innen der Frauenbewegung ihre Chance und setzten sich bereits in den Vorarbeiten für eine Liberalisierung des Abtreibungsrechts ein.<sup>53</sup> Jedoch hatten sie in ihren Forderungen letztlich keinen Erfolg. Nach langen parlamentarischen Verhandlungen trat zum 1. Januar 1942 eine gesamtstaatliche Regelung in Kraft. Nach dieser war der Schwangerschaftsabbruch nur erlaubt, wenn der Schwangeren ein schwerer gesundheitlicher Schaden drohte. Damit galt in der Schweiz für lange Zeit eine der restriktivsten Regelungen in Europa.<sup>54</sup>

### 3.1.2 Liberalisierungsbestrebungen und praktische Entkriminalisierung

Die neue Frauenbewegung liess in den 1970er-Jahren auch in der Schweiz die gesellschaftliche und politische Diskussion um die Liberalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen wieder aufflammen.<sup>55</sup> 1971 – im selben Jahr, in dem Frauen in der Schweiz endlich das Stimm- und Wahlrecht auf eidgenössischer Ebene erhielten und damit an politischem Einfluss gewannen<sup>56</sup> – kamen rechtspolitisch gleich mehrere Initiativen ins Rollen, welche im Kern auf die komplette Strafflosigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen abzielten.<sup>57</sup> Als Gegenreaktion mobilisierten sich christlich-konservative Kreise und brachten die Petition «Ja zum Leben – Nein zur Abtreibung» ein, welche die Beibehaltung und Absicherung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen «zum Schutze des Ungeborenen» forderte.<sup>58</sup> Die Initiativen fielen mitten in die anlaufenden

- 
- 50 Beispielsweise war in einigen Kantonen eine schärfere Bestrafung für diejenigen vorgesehen, welche den Abbruch durchführten oder vermittelten, als für die Betroffenen (Art. 226, 227, 228 Code pénal du Canton de Vaud; Art. 269–272 Code pénal du Canton de Genève). In anderen wurde hingegen im Falle einer medizinischen Indikation zumindest die Straffreiheit des medizinischen Personals anerkannt (Art. 326 § 2 Codice penale per il cantone del Ticino; Art. 312 Code pénal de la République et Canton de Neuchâtel). Die Zürcher Regelung ging noch weiter und schloss die Rechtswidrigkeit aller Beteiligten bei Anordnung eines Arztes zum Schutze des Lebens der schwangeren Person aus, also bei medizinischer Indikation (§ 134 Abs. 3 Strafgesetzbuch des Kanton Zürich).
- 51 EKF (Fn. 49), S. 2; GAILLARD URSULA, Abtreibung, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Version vom 13.11.2011.
- 52 GSCHWEND LUKAS, Strafrecht, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Version vom 26.11.2012.
- 53 EKF (Fn. 49), S. 2.
- 54 GINDULIS EDITH, Der Konflikt um die Abtreibung, Wiesbaden 2003, S. 147.
- 55 EKF (Fn. 49), S. 4.
- 56 EKF, 2.1 Der lange Weg zum Stimm- und Wahlrecht für Frauen, in: Frauen Macht Geschichte, Zur Geschichte der Gleichstellung in der Schweiz 1848–2000, Bern 2001, S. 1 ff.
- 57 Zum einen die «Volksinitiative für die Strafflosigkeit der Schwangerschaftsabbrüche», vgl. Bekanntmachungen der Departemente und Abteilungen, BBl 1971 II 2034, S. 2034 f., zum anderen die Standesinitiative des Kantons Neuenburg; Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Behandlung des Volksbegehrens vom 1. Dezember 1971 für die Strafflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung, 17.10.1973, BBl 1973 II 857, S. 858.
- 58 GINDULIS EDITH/OBINGER HERBERT, Der Kampf um die Fristenlösung in der Schweiz: Ein Lehrstück konkordanzdemokratischer Überforderung, ZeS-Arbeitspapier No. 03/2002, Bremen 2002, S. 11.

Beratungen über eine Strafrechtsreform.<sup>59</sup> Die zuständige Expertenkommission befürwortete eine Liberalisierung, konnte sich aber auf keine einheitliche Regelung einigen und legte so 1973 gleich drei Optionen vor: zwei erweiterte Indikationslösungen (eine mit, eine ohne Indikation bei Vorliegen einer sozialen Notlage) und eine Fristenlösung für die ersten 12 Wochen der Schwangerschaft.<sup>60</sup>

Im anschliessenden Vernehmlassungsverfahren, in dem Parteien, Kantone und Verbände Stellung zum Gesetzesvorhaben nehmen konnten, wurden die nach wie vor auseinanderklaffenden Positionen der verschiedenen Lager deutlich:<sup>61</sup> Die Kirchen, die ihnen nahestehenden Parteien und Organisationen sowie die vorwiegend katholischen Kantone befürworteten weiterhin eine enge Indikationslösung.<sup>62</sup> Diese wurde wiederum unter anderem vom Kanton Zürich abgelehnt, der erklärte: «Die bei den Indikationslösungen getroffene Rechtsgüterabwägung berücksichtigt zwei ganz entscheidende Faktoren nicht oder zu wenig: das Interesse des Kindes sowie das Selbstbestimmungsrecht und die Menschenwürde der Frau.»<sup>63</sup> Daher sprach sich Zürich, mit einigen weiteren Kantonen sowie der Mehrheit der Parteien und Frauenverbände, für die Fristenlösung aus. Die radikaleren Teile der Frauenbewegung lehnten jedoch alle drei Lösungen ab und forderten uneingeschränkt straflose, kostenfreie Schwangerschaftsabbrüche.<sup>64</sup> 1973 gründete sich auch die Schweizerische Vereinigung für Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs (SVSS).<sup>65</sup>

Der Bundesrat empfahl 1974 der Bundesversammlung eine Ablehnung der Initiative für die Straflosigkeit und unterbreitete als Gegenvorschlag einen Entwurf, der eine medizinische und soziale Indikation vorsah.<sup>66</sup> Die Nationalratskommission dagegen sprach sich, bei gleichzeitiger Ablehnung der kompletten Straflosigkeit, für eine Fristenlösung aus.<sup>67</sup> Daraufhin entschloss sich die SVSS zu einem Strategiewechsel. Sie lancierte die Volksinitiative «für die Fristenlösung» und zog die «Initiative für die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung» zu deren Gunsten zurück.<sup>68</sup> Jedoch vergeblich: 1977 wurde die Initiative zur Fristenlösung abgelehnt.<sup>69</sup> Stattdessen verabschiedete das Parlament – zur Empörung beider politischer Lager – 1977 das vom Bundesrat vorgeschlagene Bundesgesetz mit medizinischer und sozialer Indikation. Feminist\*innen

---

59 BBl 1973 II 857 (Fn. 57), S. 858.

60 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über den Schutz der Schwangerschaft und die Neuordnung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs und Bericht zum Volksbegehren und zur Standesinitiative des Kantons Neuenburg für die Straflosigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung, 30.09.1974, BBl 1974 II 703, S. 710 ff.; EKF (Fn. 49), S. 5.

61 GAILLARD (Fn. 51).

62 EKF (Fn. 49), S. 5; GINDULIS/OBINGER (Fn. 58), S. 12.

63 BBl 1974 II 703 (Fn. 60), S. 720.

64 EKF (Fn. 49), S. 5; GINDULIS/OBINGER (Fn. 58), S. 12.

65 EKF (Fn. 49), S. 5.

66 BBl 1974 II 703 (Fn. 60), S. 735.

67 GAILLARD (Fn. 51); EKF (Fn. 49), S. 5.

68 Bekanntmachungen der Departemente und Abteilungen, BBl 1976 I 844, S. 844, 847; GINDULIS (Fn. 54), S. 157, 158.

69 Bericht über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 25. September 1977, 28.11.1977, BBl 1977 III 837, S. 848.

und Abtreibungsgegner\*innen ergriffen das Referendum.<sup>70</sup> In diesem lehnte das Volk das Bundesgesetz mit deutlicher Mehrheit ab.<sup>71</sup> Auch kurz darauf angestrebte Bemühungen auf föderaler Ebene und eine Volksinitiative von reaktionärer Seite scheiterten im Laufe der 1980er-Jahre.<sup>72</sup> Damit kam die Debatte um eine Gesetzesrevision vorerst wieder zum Erliegen.

Trotz unveränderter Gesetzeslage kam es in mehr und mehr Kantonen faktisch zu einer Neubewertung der strafrechtlichen Reaktion auf Schwangerschaftsabbrüche,<sup>73</sup> die den Wandel der gesellschaftlichen Einstellung spürbar machten.<sup>74</sup> Dies wurde durch eine extensive Auslegung der dem Wortlaut nach engen medizinischen Indikation unter Bezugnahme auf den weiten Gesundheitsbegriff der WHO ermöglicht<sup>75</sup> und hatte zur Folge, dass die Verurteilungen wegen Schwangerschaftsabbrüchen ab den 1970er-Jahren zurückgingen und zum Ende der 1980er-Jahre hin kaum noch vorkamen.<sup>76</sup> Die legalen Abbrüche wurden in liberalen Kantonen vorgenommen, während sich einige wenige konservative Kantone der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen verweigerten.<sup>77</sup> In der Folge war die Frage des legalen Abbruchs eine des Informationszugangs und der finanziellen Mittel der Betroffenen.<sup>78</sup>

### 3.1.3 Einführung der Fristenregelung

In den 1990er-Jahren nahmen die Liberalisierungsbemühungen mit der Annahme einer parlamentarischen Initiative der Nationalrätin *Barbara Haering* wieder an Fahrt auf.<sup>79</sup> Sie forderte die Straffreiheit des Abbruchs in den ersten Monaten der Schwangerschaft ohne weitere Anforderungen, nach Ablauf der Frist bei Vorliegen von Indikationen.<sup>80</sup> Gestützt

70 Bekanntmachungen der Departemente und Abteilungen, 14.2.1978, BBl 1978 I 257, S. 262; EKf (Fn. 49), S. 6; GINDULIS/OBINGER (Fn. 58), S. 14.

71 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28. Mai 1978, 10.08.1978, BBl 1978 II 365, S. 365.

72 Bericht der Kommission des Nationalrates, Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, 27.08.1979, BBl 1979 II 1037, S. 1037; Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung, 24.07.1985, BBl 1985 II 672, S. 673; TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, *Der Spätabbruch in der Schweiz, Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung*, Genf 2014, S. 74.

73 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER STEFAN, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, Art. 1–136 StGB, 4. Auflage, Basel 2019, N 13 zu Vor Art. 118 StGB.

74 Vgl. Schweizerische Gesellschaft Für Das Recht Auf Abtreibung, *Schwangerschaftsabbruch in der Schweiz, Gesetz, Anwendung und Prävention*, Bern/Lausanne 1991, S. 104.

75 ALBRECHT PETER, *Schwangerschaftsabbruch: kriminalpolitische und rechtstheoretische Anmerkungen zur Fristenregelung*, in: ZStr 120/2002, S. 431 ff., S. 434 m. w. N.

76 FREITAG THOMAS/ZERMATTEN AIMÉE, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, Art. 1–136 StGB, 4. Auflage, Basel 2019, *Kriminalstatistik zu Art. 118 StGB*.

77 Siehe ausführlich zur unterschiedlichen Rechtspraxis in den Kantonen: Schweizerische Gesellschaft für das Recht auf Abtreibung (Fn. 74), S. 17–104.

78 Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, *Parlamentarische Initiative Änderung des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch*, 19.03.1998, BBl 1998 III 3005, S. 3007.

79 Bundesversammlung, *Ämtliches Bulletin* 1995 N 339, S. 345.

80 BBl 1998 III 3005 (Fn. 78), S. 3006; EKf (Fn. 49), S. 6.

auf den Beschluss des Nationalrats arbeitete die Kommission für Rechtsfragen einen Revisionsentwurf aus, der eine Fristenlösung bis zur 14. Schwangerschaftswoche vorsah.<sup>81</sup> Im Vernehmlassungsverfahren wurde der Entwurf von der Mehrheit der Teilnehmenden positiv aufgenommen oder jedenfalls als hinnehmbarer Kompromiss betrachtet.<sup>82</sup> Ausschlaggebend war, dass der Entwurf die Entscheidungsautonomie der Betroffenen jedenfalls in den ersten Monaten anerkannte und die Rechtsunsicherheiten und Ungleichheiten durch die unterschiedliche kantonale Praxis aufhob.<sup>83</sup> Als Reaktion auf die Liberalisierungsbemühungen reichte die Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind 1999 eine Initiative ein, deren Forderung auf ein nahezu absolutes Abtreibungsverbot hinauslief.<sup>84</sup>

In den parlamentarischen Verhandlungen von Nationalrat und Ständerat zeichnete sich von vornherein eine Tendenz zugunsten der Fristenlösung ab. Beide stimmten allerdings ohne grössere Diskussion für eine Verkürzung der Frist auf 12 Wochen.<sup>85</sup> Am 23. März 2001 stimmte das Parlament schliesslich der Fristenregelung zu.<sup>86</sup> Die CVP, die Schweizerische Vereinigung Ja zum Leben und die Schweizerische Hilfe für Mutter und Kind ergriffen daraufhin das Referendum. Gleichzeitig kam es zur Abstimmung über die Initiative «für Mutter und Kind».<sup>87</sup> Am 2. Juni 2002 nahm das Stimmvolk die vom Parlament beschlossene Fristenregelung mit 72,2 Prozent an und lehnte die Initiative «für Mutter und Kind» mit einer deutlichen Mehrheit von 81,8 Prozent ab.<sup>88</sup> Die Fristenregelung trat im Oktober 2002 in Kraft.<sup>89</sup>

Damit wurde ein jahrzehntelanger demokratischer Prozess abgeschlossen. Im Gegensatz zur aktuellen Regelung in Deutschland handelt es sich tatsächlich um einen gesellschaftlich ausgehandelten Kompromiss. Eine weitere Reform scheint der aktuellen gesellschaftlichen und politischen Stimmung nach unwahrscheinlich. Die SVSS löste sich 2003 nach dem erfolgreichen Referendum mit der Begründung auf, sie hätte «ihr Ziel, das Selbstbestimmungsrecht der Frau in der Frage des Schwangerschaftsabbruchs, erreicht».<sup>90</sup> Eine Initiative von Abtreibungsgegner\*innen, welche die Abschaffung der Kostenübernahme von Schwangerschaftsabbrüchen durch Krankenkassen anzustreben

81 Parlamentsdienste, Verhandlungen, Schwangerschaftsabbruch, Revision des Strafgesetzbuchs, VH 93.434, S. VII.

82 BBl 1998 III 3005 (Fn. 78), S. 3012.

83 BBl 1998 III 3005 (Fn. 78), S. 3012.

84 Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «für Mutter und Kind – für den Schutz des ungeborenen Kindes und für die Hilfe an seine Mutter in Not» (Initiative «für Mutter und Kind»), 15. November 2000, BBl 2001 675, S. 677.

85 VH 93.434 (Fn. 81), S. VIII.

86 EKF (Fn. 49), S. 8.

87 EKF, Frauen Macht Geschichte, Frauenpolitik und Gleichstellung in der Schweiz 2001–2017, Bern 2017, S. 2.

88 Bundesrat, Beschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 2. Juni 2002 (Änderung des Strafgesetzbuches [Schwangerschaftsabbruch]; Volksinitiative «für Mutter und Kind»), BBl 2002 5117, S. 5119, 5120.

89 GAILLARD (Fn. 51).

90 Vorstand der Schweizerischen Vereinigung für Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, Die Schweizerische Vereinigung für Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs löst sich auf, Medienmitteilung, 5.12.2003.

suchte, wurde 2014 vom Volk deutlich abgelehnt.<sup>91</sup> Auch weitere Vorstösse von konservativer oder teils radikal-fundamentalistischer Seite finden aktuell keinen Anschluss, sind aber vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen nicht zu unterschätzen.<sup>92</sup>

### 3.2 Darstellung des Status quo

Die durch das Referendum 2002 abgesegneten Art. 118–120 StGB-CH bilden den Regelungsrahmen von Schwangerschaftsabbrüchen in der Schweiz. Sie sind auf den Schutz des «menschlichen Lebens während der Schwangerschaft» und – für die ersten Wochen der Schwangerschaft sogar primär – des Selbstbestimmungsrechts und der Gesundheit der schwangeren Person ausgelegt.<sup>93</sup>

#### 3.2.1 Grundsatz: Verbot der Schwangerschaftsabbrüche, Art. 118 StGB-CH

Art. 118 StGB-CH verbietet das vorsätzliche Abtöten des Embryos oder Fötus.<sup>94</sup> Er unterscheidet dabei die Begehung durch Dritte (Abs. 1 und 2) und die Schwangere selbst (Abs. 3).

Strafbar macht sich jede dritte Person, die den Abbruch durchführt, eine Schwangere zu diesem anstiftet oder ihr dabei hilft. Für Letzteres reicht beispielsweise schon aus, die Adresse zu vermitteln oder die Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen.<sup>95</sup> In Deutschland würde dies lediglich die Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch erfüllen, was mit einer obligatorischen Strafmilderung einhergeht.<sup>96</sup> Abbrüche gegen den Willen der Schwangeren (Abs. 2) werden als Verbrechen,<sup>97</sup> mit der Einwilligung als blosses Vergehen (Abs. 1) bestraft.<sup>98</sup>

Die erhöhte Strafandrohung dient dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts und der körperlichen Integrität der Schwangeren.<sup>99</sup> Die Schwangere selbst macht sich nur

91 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014, BBl 2014 4117, S. 4418.

92 Vgl. Bundesversammlung, Petition «Abtreibungsfolgen öffentlich machen. Ist der Bundesrat bereit, den Forderungen dieser Petition nachzukommen?», Interpellation 19.3396; Bundesversammlung, Die Zahl der Spätabtreibungen in der Schweiz reduzieren, Motion 20.3191; SCHUMACHER SAMUEL, Tagblatt, Abtreibungsgegner sammeln 24'000 Unterschriften – Sektexperte Hugo Stamm warnt vor erstarkender christlicher Polit-Aktivität, 20.02.2019.

93 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 1 zu Vor Art. 118 StGB; BÜCHLER ANDREA, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2016/135, S. 349 ff., S. 423.

94 TRECHSEL STEFAN/FINGERHUTH THOMAS, in Trechsel Stefan/Mark Pieth (Hrsg.) Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2012, N 5 zu Vorbemerkungen Art. 118–120 StGB.

95 TRECHSEL/FINGERHUTH (Fn. 94), N 4 zu Art. 118 StGB.

96 ESER ALBIN/WEISSER BETTINA, in Schönke Adolf/Schröder Horst (Begr.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019, N 52 zu § 218 StGB.

97 Vgl. Art. 10 S. 2 StGB-CH; Art. 118 Abs. 2 StGB-CH sieht Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren vor.

98 Vgl. Art. 10 S. 3 StGB-CH, Art. 118 Abs. 1 StGB-CH sieht eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor.

99 DONATSCH ANDREAS, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB, 16. Auflage, Zürich 2004, N 7 zu 118 StGB.

im Falle von Abbrüchen nach der 12. Schwangerschaftswoche strafbar.<sup>100</sup> Vorher ist die Tatbestandserfüllung unabhängig von den Anforderungen der Fristenlösung aus Art. 119 Abs. 2 StGB-CH für sie ausgeschlossen.<sup>101</sup>

### 3.2.2 Ausnahmen: Rechtfertigungsgründe

Ausgeschlossen ist die Strafbarkeit von Abbrüchen im Rahmen der Fristenlösung (Art 119 Abs. 2 StGB-CH) und der Indikationslösung (Art. 119 Abs. 1 StGB-CH). Im bedeutenden Unterschied zu Deutschland handelt es sich in beiden Fällen um Rechtfertigungsgründe.<sup>102</sup>

Bei Abbrüchen innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen greift die politisch hart erkämpfte Fristenlösung des Art. 119 Abs. 2 StGB-CH. Da die Schwangere selbst, wie soeben dargestellt, in dieser Zeit schon den Tatbestand nicht erfüllt, ist der Art. 119 Abs. 2 StGB-CH nur als Rechtfertigungsgrund für am Abbruch beteiligte Dritte relevant. Dieser setzt neben der Einhaltung der Frist die Durchführung des Abbruchs durch eine\*n zugelassene\*n Ärzt\*in voraus.<sup>103</sup> Darüber hinaus hat die Schwangere den Abbruch schriftlich zu verlangen und eine Notlage geltend zu machen. Fehlt das schriftliche Verlangen, steht dies der Straflosigkeit jedoch nicht im Wege, solange der Abbruch tatsächlich ihrem Willen entspricht. Weiter ist es ausreichend, dass sie dem\*der Ärzt\*in gegenüber zu erkennen gibt, sie befinde sich in einer Notlage, ohne diese näher zu begründen.<sup>104</sup> Schliesslich setzt der Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 StGB-CH ein Beratungsgespräch durch den\*die ausführende\*n Ärzt\*in voraus. Dabei handelt es sich jedoch um keine für die Rechtfertigung zwingende Voraussetzung. Wird das Gespräch unterlassen, macht sich der\*die durchführende Ärzt\*in allenfalls gemäss Art. 120 StGB-CH strafbar.<sup>105</sup>

Abbrüche, die nach Ablauf der 12. Schwangerschaftswoche vorgenommen werden, bleiben nur unter den Voraussetzungen des Art. 119 Abs. 1 StGB-CH straflos, namentlich bei einer drohenden schwerwiegenden körperlichen Schädigung der schwangeren Person (medizinische Indikation) bzw. einer drohenden schweren seelischen Notlage (sozial-medizinische Indikation).<sup>106</sup> In diesen Fällen sind Abbrüche bis zum Einsetzen der

100 GODENZI GUNDHILD, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerische Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Auflage, Bern 2020, N 2 zu Art. 118 StGB; Berechnungspunkt für die Frist ist nach Schweizer Recht der Zeitpunkt der letzten Periode. Die Frist endet also tatsächlich mit der 12. Schwangerschaftswoche und damit zwei Wochen früher als in Deutschland.

101 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 21 zu Art. 118 StGB.

102 ALBRECHT (Fn. 75), S. 448; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 2 zu Art. 119 StGB; SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase – Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven, in: Tag Brigitte (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts, Beiträge der 2. Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2010 in Zürich, Baden-Baden 2011, S. 151 ff., S. 164; i. E. auch TRECHSEL STEFAN, Fristenlösung Schweizer Art, in: Arnold Jörg/Burkhardt Björn/Gropp Walter/Heine Günter/Koch Hans-Georg/Lagodny Otto/Perron Walter/Walther Susanne (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, S. 637 ff., S. 648.

103 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 5 zu Art. 119 StGB.

104 GODENZI (Fn. 100), N 10 zu Art. 119 StGB.

105 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 9 zu Art. 119 StGB.

106 DONATSCH (Fn. 99), N 1 zu Art. 119 StGB.

Eröffnungswehen zulässig,<sup>107</sup> allerdings muss die Gefahr der körperlichen Schädigung bzw. seelischen Störung nach Art. 119 Abs. 1 S. 4 StGB-CH umso grösser sein, je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist.

### 3.2.3 Flankierende Bestimmungen

In der Schweiz gab es nie eine mit dem § 219a StGB-D vergleichbare Regelung. Die einzig flankierende Regelung des Strafgesetzbuchs findet sich in Art. 120 StGB-CH. Dieser bestimmt Pflichten von Ärzt\*innen bei der Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen nach Fristenlösung (Abs. 1) bzw. auch nach Indikationslösung (Abs. 2). Neben den strafrechtlichen Normen legt Art. 30 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung die Kostenübernahme von gerechtfertigten Abbrüchen fest. Art. 1 des Bundesgesetzes über die Schwangerschaftsberatungsstellen sichert an einer Schwangerschaft beteiligten Personen den fakultativen Zugang zu unentgeltlichen Schwangerschaftsberatungsleistungen zu.

## 4 Rechtsvergleich anhand der Autonomiefrage

Wie bereits in der Einleitung beschrieben, soll der Rechtsvergleich anhand der Autonomiefrage erfolgen: Wie viel Autonomie gewähren das deutsche und das schweizerische Recht der ungewollt schwangeren Person? Welche Wertungen können aus den Ergebnissen gezogen werden?

### 4.1 Definition und Analysekategorien von Autonomie

Der Begriff der Autonomie ist in besonderem Masse philosophisch geprägt und wird mit dem Subjektstatus des\*der mündigen Bürger\*in verknüpft.<sup>108</sup> Was aber ganz konkret unter Autonomie zu verstehen ist, kann aus unterschiedlichen Perspektiven bestimmt werden.<sup>109</sup> Dieser Aufsatz bezieht sich grundsätzlich auf die Definition von LEMBKE und HOLZLEITHNER, die drei Bedingungsfelder der Autonomie formulieren: (1) die adäquate Auswahl an Möglichkeiten, (2) die persönliche Kapazität, um diese Möglichkeiten wahrzunehmen und zu bewerten, und (3) die Abwesenheit von Zwang oder Manipulation.<sup>110</sup> Ausgehend von dieser Überlegung und in Anlehnung an VÖLZMANN<sup>111</sup> soll die Frage nach

107 SCHWARZENEGGER (Fn. 102), S. 169.

108 LEMBKE ULRIKE, Zwischen Würde der Frau, reduziertem Liberalismus und Gleichberechtigung der Geschlechter, Feministische Diskurse um die Regulierung von Prostitution/Sexarbeit, in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtstheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 275 ff., S. 277 m. w. N.

109 Überblick: VALENTINER DANA-SOPHIA, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2021, S. 99 ff.

110 HOLZLEITHNER ELISABETH, Autonomie im Recht – der Fall von Pornografie, in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtstheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 255; LEMBKE (Fn. 108), S. 281 f.

111 Vgl. dazu weiterführend VÖLZMANN BERIT, Autonomiebedingungen im Rahmen der Regulierung von Prostitution/Sexarbeit, in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtstheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 319 ff., S. 319, 322, 326 ff.



Autonomie vorliegend als Analysewerkzeug dienen, um die deutschen und schweizerischen rechtlichen Bestimmungen vergleichend gegenüberzustellen. Ziel des Beitrags ist es nicht, Betroffenen die grundsätzliche Fähigkeit zum autonomen Handeln abzuspüren, sondern Spannungsfelder innerhalb der jeweiligen Rechtsordnungen aufzuzeigen. Mithin verzichtet der Vergleich auf die Bedingung der persönlichen Kapazität. Im Ergebnis ist Autonomie daher anzunehmen, wenn *erstens* keine äusseren Zwänge und Manipulationen vorliegen und *zweitens* adäquate, real existierende Handlungsoptionen offenstehen.<sup>112</sup>

## 4.2 Vergleich: Autonomie der schwangeren Person in Deutschland und der Schweiz

Anhand der beiden soeben erarbeiteten Bedingungen werden nun das deutsche und das schweizerische Regelungsregime gegenübergestellt und es wird analysiert, inwieweit sie ein autonomes Handeln der ungewollt schwangeren Person zulassen.

### 4.2.1 Abwesenheit von Zwang oder Manipulation

Im ersten Schritt wird untersucht, ob und wie die jeweiligen Regelungen bei der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch Zwänge auferlegen bzw. Manipulationen vorliegen.

#### 4.2.1.1 Rechtspflicht zur Austragung, Kriminalisierung und Zwangsberatung in Deutschland

Der Schwerpunkt der Analyse der deutschen Regelung liegt auf der Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 Abs. 1 StGB-D, dem Beratungsmodell innerhalb der ersten 14 Schwangerschaftswochen. Nach dieser Frist ist der Abbruch nur noch über die medizinisch-soziale Indikation möglich.<sup>113</sup>

Im Zentrum des deutschen Regelungsregimes steht § 218 StGB-D, der das Abbruchsverbot normiert. Daraus resultiert mithin die Rechtspflicht zur Austragung, wie das Bundesverfassungsgericht in zwei Urteilen (1975, 1993) klarstellte: Der Schwangerschaftsabbruch müsse grundsätzlich als Unrecht aufgefasst und der Schwangeren die Rechtspflicht zur Austragung auferlegt werden, um die Schutzpflicht des Staats gegenüber dem ungeborenen Leben zu gewährleisten.<sup>114</sup> Es ist zwar folgerichtig, dass sich bereits aus dem Verbot des Abbruchs ein faktischer Zwang der Austragung ergibt, trotzdem ist die Kennzeichnung als *Rechtspflicht*<sup>115</sup> erwähnenswert. Denn das Gericht führte weder 1975 noch 1993 aus, woraus sich eine positiv-rechtliche Handlungsverpflichtung in Form eines «Körpergewährungsanspruchs» des Embryos gegenüber der Schwangeren ergeben sollte.<sup>116</sup> Das strafbewehrte Verbot der Abtreibung und die Austragungspflicht

112 LIEBSCHER DORIS, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, Berlin 2021, S. 212.

113 Die kriminologische Indikation ist nur bis zur 14. Schwangerschaftswoche zulässig.

114 BVerfGE 39, 1, S. 44; BVerfGE 88, 203, 3. Leitsatz und S. 251 ff.

115 BVerfGE 88, 203, 3. und 7. Leitsatz, S. 253, 255 ff.

116 MERKEL (Fn. 36), NK-StGB, N 17 ff. zu Vorbemerkungen zu §§ 218 ff. StGB und N 94 ff. zu § 218 StGB. So wird von Merkel zur Begründung der Garantienpflicht als «Überwachungsgarant» der ursprüngliche Geschlechtsverkehr, der in der Schwangerschaft bedingt, angeführt.

wirken nicht absolut: Die Strafausnahmegründe des § 218a StGB-D räumen der ungewollt Schwangeren unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, sich für den Abbruch zu entscheiden. Nutzt eine ungewollt Schwangere die Beratungslösung gemäss § 218a Abs. 1 StGB-D, um einen Abbruch straffrei durchzuführen, beendet dies aber noch nicht die auferlegte Rechtspflicht. Diese kann laut Bundesverfassungsgericht nicht «im Rahmen der Normalsituation einer Schwangerschaft» ausgesetzt werden; vielmehr «müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Mass an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann».<sup>117</sup> Somit begeht die Abtreibende zum einen grundsätzlich Unrecht, zum anderen ist die schwangere Person grundsätzlich zur Austragung verpflichtet. Eine Schwangerschaft wird als «Normalsituation» angesehen, unabhängig von der inneren Einstellung der Schwangeren. Neun Monate (ungewolltes) Schwangersein und Geburt können von der Schwangeren *erwartet* werden, was über ein strafrechtliches Verbot durchgesetzt wird. Dies legt ein Verständnis von Mutterschaft und Frausein offen, das mit der oben genannten Definition von Autonomie nicht in Einklang steht. Die Subjektposition der ungewollt schwangeren Person wird verschleiert, stattdessen wird die geschuldete Austragung mit Zwang durchgesetzt.

Neben dem grundsätzlichen Verbot der Abtreibung bestehen die Verpflichtung zur Beratung sowie eine dreitägige Wartezeit gemäss § 218a Abs. 1 StGB-D. Der Ausschuss der UN-Frauenrechtskonvention sowie der Ausschuss des internationalen Sozialpakts stellten wiederholt klar, dass medizinisch unnötige obligatorische Erfordernisse nicht mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands zu vereinbaren sind.<sup>118</sup> Statt auf Zwang zu setzen, wäre es zur Stärkung der Autonomie der Betroffenen geeigneter, ein breites und freiwilliges Beratungsangebot anzubieten. Zudem erscheint zweifelhaft, wie effektiv eine verpflichtende Beratung tatsächlich sein kann: In einer Studie der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung gaben 69,1 Prozent aller Betroffenen an, dass die Beratung keinen Einfluss auf die Entscheidung hatte.<sup>119</sup> Die angeordnete dreitägige Wartezeit suggeriert gleichzeitig ein Verständnis «weiblicher Emotionalität», das es erforderlich machen würde, der Betroffenen durch Zwang die Tragweite der Entscheidung vor Augen zu führen.<sup>120</sup> Zusätzlich muss die Beratung, so das Bundesverfassungsgericht, im Lichte des Schutzes des ungeborenen Lebens ausgeführt werden (§ 219 StGB-D). Zwar wird klargestellt, dass die Letztverantwortung bei der Schwangeren liegen muss,<sup>121</sup> die Beratung im Sinne des Embryos wird allerdings als Einwirkungsmöglichkeit auf die Entscheidung der Betroffenen nutzbar gemacht:

117 BVerfGE 88, 203, S. 257.

118 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 22 on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, 2. Mai 2016, § 41; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, 9. März 2017, § 38 (b).

119 HELFFERICH CORNELIA/KLINDWORTH HEIKE/HEINE YVONNE/WLOSNEWSKI INES, Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, S. 162.

120 MILLAR ERICA, *Abtreibung: Eine Bestandsaufnahme*, Bonn 2020, S. 18.

121 BVerfGE 88, 203, S. 267 f. Dies wird über § 5 SchKG verstärkt, nachdem die Beratung ergebnisoffen zu führen ist.

Sie soll dazu dienen «durch verständnisvolle, sachkundige Beratung mit der Frau deren Konflikt zu ergründen und ihr bei seiner Bewältigung so zu helfen, damit sie sich nicht gegen das Kind entscheidet».<sup>122</sup>

Die Beratungspflicht<sup>123</sup> entfällt grundsätzlich<sup>124</sup> nur, wenn der Abbruch aufgrund einer Indikation gemäss § 218a Abs. 2/3 StGB-D durchgeführt wird. Für die Feststellung der Indikation ist die ungewollt schwangere Person jedoch wiederum abhängig von der ärztlichen Bewertung der Situation. Es werden sogar zwei Ärzt\*innen in die Begutachtung miteinbezogen, da der\*die abbrechende Ärzt\*in nicht an die vorangegangene ärztliche Bescheinigung der Indikation gebunden ist.<sup>125</sup>

Insgesamt ist das deutsche Abtreibungsrecht nicht darauf ausgerichtet, der schwangeren Person autonomes Handeln zu gewähren: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die Letztentscheidungsbefugnis der Schwangeren betont, wird die Autonomie der ungewollt Schwangeren durch staatlichen Zwang eingegrenzt.

#### 4.2.1.2 Kriminalisierung mit Ausnahme verkürzter Frist in der Schweiz

Auch das schweizerische Regelungsregime legt, wie oben bereits dargestellt, in Art. 118 StGB-CH im Grundsatz ein Abtreibungsverbot fest. Dies geht naturgemäss mit einer Zwangswirkung einher – ausser in den geregelten Ausnahmefällen ist es der ungewollt Schwangeren untersagt, sich für einen Abbruch zu entscheiden. Anders als in Deutschland ergibt sich dieses Verbot aber nicht aus der Erwägung einer Austragungspflicht der Schwangeren. Der Reformprozess in den 1990er-Jahren wurde vom Gesetzgeber klar mit dem Ziel geführt, die Rechtslage den gesellschaftlichen Realitäten anzupassen und mit den Rechten der ungewollt Schwangeren in Ausgleich zu bringen.<sup>126</sup> Daher greift das Verbot innerhalb der ersten 12 Wochen der Schwangerschaft nicht für die ungewollt Schwangere selbst (Art. 118 Abs. 3 StGB-CH). Sie bleibt auch ohne Erfüllung weiterer Voraussetzungen straflos. Für diesen Zeitraum wird dem Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Person also Vorrang gegenüber dem Schutz des Embryos eingeräumt.<sup>127</sup> Dies legt zunächst den Schluss nahe, in den ersten 12 Wochen die erste Bedingung der Autonomie zu bejahen.

Eine Zwangslage könnte sich jedoch (mittelbar) über die Voraussetzungen der Fristenlösung aus Art. 119 Abs. 2 StGB-CH und dem flankierenden Art. 120 StGB-CH ergeben. So besteht zum einen das Erfordernis, eine Notlage geltend zu machen. Im parlamentarischen Prozess wurde dies teils als der Betroffenen gegenüber erniedrigend angesehen.<sup>128</sup> Letztlich wurde bei der Einigung auf die Voraussetzung aber betont, dass sich ohnehin jede ungewollt Schwangere in einer Notlage befinde und dies implizit zum

122 BVerfGE 88, 203, S. 266.

123 Sowie die Rechtspflicht zur Austragung.

124 Ausnahme bei Verdacht einer Behinderung, siehe § 2a SchKG.

125 MERKEL (Fn. 36), N 131 und 153 zu 218a StGB.

126 ALBRECHT (Fn. 75), S. 437 m. w. N.

127 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 1 zu Vor Art. 118 StGB; BÜCHLER (Fn. 93), S. 423.

128 Bundesversammlung, Amtliches Bulletin 2000 N 1425, S. 1431.

Ausdruck komme.<sup>129</sup> Insofern handelt es sich um eine reine Formalie,<sup>130</sup> von der für die Betroffene kein Zwang ausgeht.

Vor dem Hintergrund der Erwägungen zur Beratungspflicht in Deutschland drängt sich die Frage auf, ob von dem Erfordernis des eingehenden Gesprächs aus Art. 119 Abs. 2 S. 2, Art. 120 S. 1 lit. b StGB-CH ein Zwang ausgeht. Bei dem Gespräch handelt es sich gerade nicht um ein Äquivalent der deutschen Regelung. Eine Beratungspflicht nach deutschem Vorbild wurde im Reformprozess von konservativer Seite gefordert, jedoch von der Mehrheit als bevormundend abgelehnt – zugunsten einer selbstbestimmten Entscheidung der Betroffenen.<sup>131</sup> Das in der geltenden Regelung vorgesehene «eingehende Gespräch» durch den\*die Ärzt\*in stellt vielmehr das «Substitut einer Fremdberatung»<sup>132</sup> dar. Schon der Wortlaut «Gespräch» wurde bewusst gewählt, um der «Beratung den hierarchischen Anstrich [zu] nehmen»<sup>133</sup>. Auch Ausrichtung und Inhalt des Gesprächs, vorgegeben durch Art. 120 S. 1 lit. b StGB-CH, unterscheiden sich wesentlich von der deutschen Pflichtberatung. Es ist nicht auf den Schutz des Embryos, sondern auf die medizinische Information der betroffenen Person ausgelegt. Der\*die Ärzt\*in hat medizinische, technische und psychosoziale Aspekte zur Sprache zu bringen und über gesundheitliche Risikofaktoren, die einen solchen Eingriff begleiten, zu informieren.<sup>134</sup> Diese Art von Informationen ist für eine rechtswirksame Einwilligung der Schwangeren in den Eingriff erforderlich.<sup>135</sup> Dadurch wird sichergestellt, dass die Entscheidung für den Abbruch dem tatsächlichen Willen entspricht. Insofern trägt das Gespräch zur autonomen Entscheidung der ungewollt Schwangeren bei.<sup>136</sup> Zwar erscheint fraglich, ob es dafür einer gesonderten strafbewehrten Norm für den\*die durchführende\*n Ärzt\*in bedarf – gilt das Erfordernis der Einwilligung schliesslich für jeden medizinischen Eingriff –, jedoch steht die Pflicht jedenfalls der Autonomie der ungewollt Schwangeren, die alleiniger Gegenstand der vorliegenden Analyse ist, nicht entgegen. Ausserdem besteht

129 Bundesversammlung, Amtliches Bulletin 2001 N 183, S. 183; Bundesversammlung (Fn. 128), S. 1436, 1439.

130 TRECHSEL (Fn. 102), S. 643.

131 Vgl. Bundesversammlung, Amtliches Bulletin 1998 N 1989, S. 1994, 2012; Bundesversammlung (Fn. 128), S. 1431, 1436; Bundesversammlung, Amtliches Bulletin 2000 S. 406, S. 409, 412 f., 534, 536, 539, 541, 542.

132 TRECHSEL (Fn. 102), S. 643. Lediglich für unter 16-Jährige wird über den Art. 120 S. 1 lit. c StGB-CH eine verpflichtende Fremdberatung vorgesehen. Das Unterlassen dieser führt zwar nicht zur Strafbarkeit der betroffenen Schwangeren. Indirekt stellt es aber einen Zwang dar, da die durchführenden Ärzt\*innen zur Vermeidung der eigenen Strafbarkeit regelmässig auf die Einhaltung der Pflicht achten. Ob diese Verpflichtung jedoch der autonomen Entscheidung im Wege steht, ist nicht gesagt. Wenn sie tatsächlich ergebnisoffen durchgeführt wird, kann sie gerade bei Personen in jungem Alter, die möglicherweise besonderem familiären Druck ausgesetzt sind, der freien Entscheidung sogar zuträglich sein. Mangels Literatur oder Studien zu dieser Regelung kann hier keine abschliessende Bewertung vorgenommen werden.

133 Bundesversammlung (Fn. 128), S. 1438.

134 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 9 zu Art. 119 StGB.

135 TRECHSEL (Fn. 102), S. 644.

136 Vgl. hierzu WAPLER FRIEDRIKE, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, S. 185 ff., S. 196.

in der Schweiz im Anschluss an das Gespräch keine Wartefrist. Der Abbruch kann direkt durchgeführt werden.

Kritisch ist jedoch zu sehen, dass die Frist mit 12 Wochen (zyklusabhängig gegebenenfalls sogar weniger) knapp bemessen ist.<sup>137</sup> Da sich die betroffene Person der Schwangerschaft regelmässig frühestens mit Ausbleiben der Periode bewusst wird, bleiben maximal zwei Monate Bedenkzeit. Das erscheint, anders als etwa TRECHSEL vertritt,<sup>138</sup> nicht in allen Fällen ausreichend.<sup>139</sup> Nach Ablauf dieser kurzen Frist gilt der Zwang wiederum nahezu absolut. Lediglich in den Fällen der Indikationen, über deren Vorliegen Dritte entscheiden, besteht noch die legale Möglichkeit eines Abbruchs. Der damit verbundenen Beurteilung über die Zumutbarkeit der Fortführung der Schwangerschaft durch eine dritte Person haftet hinsichtlich der selbstbestimmten Entscheidung der Schwangeren immer ein Mangel an.<sup>140</sup> Immerhin wurden 2002 auch die formellen Voraussetzungen für die Indikationslösung gelockert: Statt zweier ärztlicher Gutachten wird seither nur noch eines verlangt.<sup>141</sup> Dabei entscheidet der\*die Ärzt\*in auch über das Vorliegen der seelischen Notlage. Um der Betroffenen zu ersparen, sich der Erniedrigung einer weiteren Beurteilung zu unterwerfen, nahm der Gesetzgeber eine schwächere Kontrolle in Kauf.<sup>142</sup> Mithin wird der eigenen Darstellung der Situation durch die Betroffene, und somit ihrer Autonomie, jedenfalls durch den Gesetzgeber etwas mehr Bedeutung zugemessen als der Kontrolle des tatsächlichen Bestehens der seelischen Notlage.

Im Ergebnis lässt das schweizerische Regelungsregime der schwangeren Person also zumindest für den kurzen Zeitraum von 12 Wochen die Möglichkeit einer selbstbestimmten Entscheidungsfindung ohne staatliche Einflussnahme bzw. Zwang und erfüllt somit in dieser Zeit die erste Bedingung autonomen Handelns.

#### 4.2.2 Adäquate, real existierende Handlungsoptionen

Im zweiten Schritt wird untersucht, inwiefern Betroffenen durch die jeweiligen Regelungen real existierende und adäquate Handlungsoptionen zur Verfügung stehen, also ob und inwieweit sich die ungewollt Schwangere tatsächlich für oder gegen eine Austragung entscheiden kann. Dabei geht die Analyse über die Betrachtung einer Entscheidungsfreiheit der ungewollt Schwangeren hinaus, da die Abtreibung nicht als rein individuelle Entscheidung verstanden werden darf. Das hat zwei zentrale Gründe: Zum einen spielen Aspekte wie ökonomische Ressourcen eine entscheidende Rolle im Entscheidungsprozess der ungeplant Schwangeren.<sup>143</sup> Zum anderen müssen auch soziopolitische Faktoren, wie die gesellschaftliche und politische Einstellung zum Thema Schwan-

137 BÜCHLER (Fn. 93), S. 424.

138 TRECHSEL (Fn. 102), S. 640.

139 BÜCHLER (Fn. 93), S. 424.

140 ALBRECHT (Fn. 75), S. 438; ähnlich auch BÜCHLER (Fn. 93), S. 425.

141 TRECHSEL (Fn. 102), S. 647.

142 TRECHSEL (Fn. 102), S. 647.

143 MINKUS LARA/DROBNIČ SONJA, in: Zeitschrift für Soziologie 2021/50(3–4), S. 259 ff., S. 270.

gerschaftsabbruch, miteinbezogen werden.<sup>144</sup> Bei der Verkürzung der Darstellung auf die reine Entscheidungsfreiheit würden solche strukturellen Elemente ausgeblendet.<sup>145</sup>

#### 4.2.2.1 Deutschlands ambivalentes Verhältnis zum Schwangerschaftsabbruch

Über § 218a Abs. 1 StGB-D steht es der ungewollt Schwangeren in den ersten 14 Schwangerschaftswochen grundsätzlich offen, den Abbruch durchzuführen. Gleichzeitig vermitteln die deutschen Regelungen, dass es eine «richtige» und eine «falsche» Entscheidung geben kann. Da der Schwangerschaftsabbruch ohne Indikation laut Bundesverfassungsgericht immer Unrecht darstellt, wird die Ausübung der Handlungsoption «Abtreibung» als nicht gleichwertig gewertet. Die Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch, auch in den ersten 14 Wochen, wird im Ergebnis als Abweichung von der Norm markiert und ist gerade keine gleichwertige Alternative zur Austragung. Wer einen Schwangerschaftsabbruch ausführen lässt, findet sich nicht selten in einer mit Scham behafteten und isolierten Situation wieder. Grund dafür ist oftmals die Sorge vor negativen gesellschaftlichen Reaktionen, selbst engsten Bezugspersonen wird die Abtreibung häufig nicht offengelegt.<sup>146</sup> Dabei kann Scham nach SARA AHMED als der affektive Preis für das Nichtbefolgen von Skripten der normativen Existenz verstanden werden.<sup>147</sup> Die abtreibende Person zahlt über die Emotion der Scham den Preis für die Abweichung von der weiblichen Norm des «Mutterseins».<sup>148</sup> Transportiert wird dies sowohl über die gesellschaftliche wie auch die rechtliche Stigmatisierung des Schwangerschaftsabbruchs. Dieser Mechanismus belastet zum einen die individuelle Person, die mit der Erfahrung des Abbruchs alleingelassen wird, wodurch die Abtreibung zu etwas «Unaussprechlichem» wird. Als Folge wird zum anderen der kollektive Diskurs beeinträchtigt; stereotypische Annahmen können sich durch die fehlende Einbringung der Betroffenenperspektive perpetuieren.<sup>149</sup>

Darüber hinaus beschränken drei weitere Aspekte strukturell den tatsächlichen Zugang zum Schwangerschaftsabbruch: die Hürden bei der Informationsbeschaffung, die immer schlechter werdende Versorgungssituation inklusive der Gehsteigbelästigung sowie die Frage der Kostenübernahme.

Wie bereits erläutert, war in Deutschland die Informationsweitergabe über den Schwangerschaftsabbruch gemäss § 219a StGB-D kriminalisiert. Diese Regelung war eine der wenigen, die nicht aus dem Urteil von 1993 stammt, sondern in ihrem Kerngehalt seit 1933 im deutschen Strafgesetz zu finden war. Die volle Weitergabe von relevanten Informationen, wie die durchgeführte Methode des Abbruchs, war bis Sommer 2022 strafbar. Dies widersprach dem nachvollziehbaren (und grundrechtlich geschützten)<sup>150</sup>

144 MILLAR (Fn. 120), S. 31 ff.

145 MILLAR (Fn. 120), S. 31 ff.

146 ASTBURY-WARD EDNA/PARRY ODETTE/CARNWELL ROS, Stigma, Abortion, and Disclosure-Findings from a Qualitative Study, in: *The journal of sexual medicine* 2012/9, S. 1 ff.

147 AHMED SARA, *The Cultural Politics of Emotion*, New York 2004, S. 107.

148 Vgl. MILLAR (Fn.120), S.142.

149 MILLAR (Fn.120), S. 142 ff.

150 Siehe dazu ausführlich Deutscher Juristinnenbund, *Stellungnahme 18-08 vom 26. Juni 2018*, S. 5 ff.; a. A. KUBICIEL MICHAEL, *Stellungnahme*, S. 1 ff.

Interesse der Patient\*innen, sich vorher über die Methodik des Abbruchs zu informieren, da Schwangerschaftsabbrüche auf unterschiedliche Art und Weise durchgeführt werden können. In Deutschland werden beispielsweise, trotz entgegenstehender Empfehlung der WHO, 15 Prozent der Schwangerschaftsabbrüche über die *Curettage* (Ausschabung) durchgeführt.<sup>151</sup> Alternativ stehen der medikamentöse Abbruch bis zur 9. Schwangerschaftswoche oder die Vakuumaspiration zur Verfügung, die beide mit deutlich weniger Risiken verbunden sind. Zur Abschätzung der individuellen Handlungsoptionen ist es unerlässlich, alle relevanten und geprüften Informationen einholen zu können.

Daneben erschweren Abtreibungsgegner\*innen mit sogenannten Gehsteigbelästigungen den Zugang ungewollt Schwangerer durch Plakate, direkte Ansprache oder kollektives Beten vor Beratungseinrichtungen und ärztlichen Praxen.<sup>152</sup> Auch darüber hinaus wird es faktisch immer schwieriger, eine Abtreibung durchführen zu lassen. So hat sich die Versorgungslage in den letzten Jahren deutlich verschlechtert: 2003 gab es noch 2050 Stellen, Ende 2020 waren es nur noch 1109 – somit liegt ein Rückgang um 46 Prozent vor.<sup>153</sup> In manchen Gebieten Deutschlands befinden sich keine Stellen, die Abbrüche durchführen; ebenso weigern sich immer mehr Kliniken, Abbrüche anzubieten.<sup>154</sup> Die Versorgungslage ist mithin nicht umfassend gesichert, obwohl das tatsächliche Angebot der Abbruchstellen laut Bundesverfassungsgericht Teil des Beratungskonzepts sein muss.<sup>155</sup> Einfachgesetzlich drückt dies § 13 Abs. 2 SchKG aus, der die Länder verpflichtet, ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme des Abbruchs sicherzustellen. Versorgungslücken treffen Betroffene in prekären Situationen deutlich stärker. Die Finanzierung der Anfahrt, möglicher Übernachtungen und die Organisation von Kindesbetreuung können Geringverdienenden oder Alleinerziehenden enorme Lasten auferlegen. Sozioökonomische Aspekte können mithin die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs erschweren. Umso problematischer ist die Tatsache, dass der Abbruch in Deutschland prinzipiell nicht von der Krankenkasse übernommen wird und je nach Methode zwischen 350 und 600 Euro kostet.<sup>156</sup> Etwas abgefedert wird die Kostenfrage über die Regelung des § 19 Abs. 1 SchKG: Demnach besteht ein Anspruch auf Leistungen, wenn die Aufbringung der Mittel für den Abbruch einer Schwangerschaft nicht zumutbar ist. Dabei muss der Antrag für die Kostenübernahme bei der gesetzlichen Krankenkasse (teilweise persönlich) vor dem Eingriff gestellt werden. Die Kostenfrage ist somit mit der Hürde eines weiteren bürokratischen Akts verbunden.

151 Doctors for Choice Germany e. V., Methoden des Schwangerschaftsabbruchs.

152 Siehe dazu: FONTANA SINA, Heinrich Böll Stiftung, Möglichkeiten gesetzlicher Neuregelungen im Konfliktfeld «Gehsteigbelästigungen», Juni 2021. Auf diesen Aspekt wird nicht weiter eingegangen.

153 ESSLINGER LAURA, Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland/ Warum immer weniger Ärzte Abtreibungen durchführen, in: Deutschlandfunk, vom 29.07.2021.

154 HÄRING KATHARINA/NEUWERT KILIAN, Abtreibung per Telemedizin – weil in Bayern Ärzte fehlen?, in: Bayerischer Rundfunk, vom 26.01.2022; BRUHN EIKEN, Weite Wege, in: taz vom 20.2.19.

155 BVerfGE 88, 203, S. 329 f.

156 Familienplanung.de, Die Kosten eines Schwangerschaftsabbruchs.

Und doch ist eine gewisse Ambivalenz des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Möglichkeit der Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs unter der Beratungslösung zu erkennen. Dem Gericht scheint, obwohl es eine Rechtspflicht zur Austragung etablierte, bewusst zu sein, dass es sich bei der Schwangerschaft und beim Abbruch um eine höchstpersönliche Angelegenheit handelt, die in die intimsten Fragen von Autonomie eingreift. Denn nur so sind die zahlreichen dogmatischen Widersprüche zu erklären, die das Gericht in seinem Urteil von 1993 festgesetzt hat. So sollte die Nothilfe gemäss § 32 StGB-D gegenüber der Schwangeren oder eines\* einer Ärzt\*in ausgeschlossen werden.<sup>157</sup> Die Nothilfe setzt grundsätzlich keinen strafbaren Angriff voraus; dieser muss lediglich im objektiven Widerspruch zur Rechtsordnung stehen, also rechtswidrig sein.<sup>158</sup> Die Durchführung eines tatbestandslosen, aber rechtswidrigen Abbruchs würde daher grundsätzlich eine Nothilfesituation, z. B. für den Erzeuger gegenüber dem Embryo, auslösen. Auch die Regelungen zur Absicherung der Versorgungslage, der Anspruch auf Kostenübernahme gemäss § 19 Abs. 1 SchKG und der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Arbeitsausfall aufgrund eines Abbruchs sind nur schwer mit der generellen Aussage, eine Abtreibung ohne Indikation sei Unrecht, in Einklang zu bringen. Wieso sollte der Staat oder der Arbeitgeber die Lasten des «Unrechts» mittragen? Das Rechtswidrigkeitsverdikt wird mithin vom Bundesverfassungsgericht selbst nicht konsequent angewandt.<sup>159</sup>

Insgesamt sollen die Rahmenregelungen, die neben den §§ 218 und 218a StGB-D bestehen, zumindest im Grundsatz sicherstellen, dass die Betroffene im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht festgelegten Grenzen die Entscheidung für den Abbruch umsetzen kann. Die Entscheidung gegen die Schwangerschaft wird von der Rechtsordnung zwar nicht als gleichwertig akzeptiert, wenn sich die Schwangere jedoch für einen Abbruch entscheidet, muss die real existierende Handlungsoption aber zumindest laut den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts offenstehen. Dabei werden allerdings die strukturellen Hürden, die auf die ungewollt Schwangere aufgrund des generellen Unrechtsverdikts und der rechtlichen Konstruktion einwirken, ignoriert. Dies ist mit einem umfassenden Verständnis von Autonomie nicht in Einklang zu bringen, welches sowohl die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen wie auch die strukturellen Bedingungen bei der tatsächlichen Wahrnehmung der Möglichkeiten beinhaltet.

#### 4.2.2.2 Restriktive Anwendung des rechtlich Möglichen in der Schweiz

In der Schweiz ergeben sich nicht schon aus einer rechtsdogmatisch inkonsistenten Regelung tatsächliche Hindernisse. Die Schwangere erfüllt mit dem Abbruch in den ersten 12 Wochen nicht nur schon den Tatbestand nicht, dieser wird auch nicht künstlich von der Rechtsordnung als rechtswidrig missbilligt. Bei Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 119 Abs. 2 StGB-CH sind die durchführenden Ärzt\*innen gerechtfertigt. Die Rechtsordnung akzeptiert die Entscheidung für den Abbruch also tatsächlich. Auch eine

157 BVerfGE 88, 203, S. 279.

158 ESER/WEISSER (Fn. 96), N 14 zu § 218a StGB. Somit liegt ein rechtswidriger Angriff vor, die Gebotenheit der Nothilfe ist im Ergebnis zu verneinen.

159 DREIER HORST, Grenzen des Tötungsverbots – Teil 1, in: JZ 2007/6, S. 261 ff., S. 268.



Kostenübernahme durch die Krankenkassen für diese Abbrüche ist rechtlich abgesichert und von der finanziellen Situation der ungewollt Schwangeren unabhängig.

Jedoch widerspiegelt sich die rechtliche Absicherung der Entscheidung nicht uneingeschränkt im tatsächlichen Zugang zu Abbruchmöglichkeiten: Hier schreiben sich alte Muster starker regionaler Unterschiede fort. Die Kantone bezeichnen nach Art. 119 Abs. 4 StGB-CH die Praxen und Spitäler, welche die Voraussetzungen für die Durchführung von Abbrüchen und Beratungsgesprächen erfüllen. In einigen Kantonen sind das sämtliche Spitäler mit gynäkologischer Abteilung sowie alle Gynäkolog\*innen mindestens auf Antrag – in anderen nur die Kantonsspitäler.<sup>160</sup> Zwar sind auch ausserhalb der gelisteten Einrichtungen vorgenommene Abbrüche rechtmässig,<sup>161</sup> dennoch zeigt sich die Situation in den betroffenen Kantonen in niedrigen Abbruchraten. In den traditionell liberaleren Kantonen sind die Abbruchraten hingegen wesentlich höher.<sup>162</sup> Diese Divergenz weist daraufhin, dass nach wie vor ein «gynäkologischer Tourismus» von konservativen in liberale Kantone betrieben wird.<sup>163</sup> Dies ist bedingt durch die restriktive Abbruchspraxis in den konservativen Kantonen und die Stigmatisierung von Schwangerschaftsabbrüchen, aufgrund derer Betroffene sich gezwungen sehen, die Abbrüche in einer anonymisierten Umgebung ausserhalb ihres Wohnorts vorzunehmen.<sup>164</sup> Auch ohne dass die Rechtsordnung darauf ausgelegt wäre, spielt durch das gesellschaftliche Klima also auch in der Schweiz Scham eine Rolle bei der Einschränkung der Autonomie. Die Notwendigkeit zum örtlichen Ausweichen ist auch hier insofern problematisch, als die damit verbundenen Hürden in Bezug auf Finanzierung und Organisation Betroffene in prekären Situationen besonders treffen. Trotz der rechtlich liberalen Regelung in den ersten 12 Schwangerschaftswochen sind die adäquaten Optionen für die ungewollt Schwangere in einigen Regionen mithin stark eingeschränkt.

Ab der 13. Schwangerschaftswoche verstärken sich die regionalen Unterschiede. Die sogenannten Spätabbrüche<sup>165</sup> sind in der Schweiz tabuisiert und Indikationen werden generell restriktiv gehandhabt. Dies trifft besonders auf ländliche Regionen und Spitäler mit katholischer Trägerschaft zu.<sup>166</sup> Besonders kritisch ist die restriktive Praxis hinsichtlich sozialer Indikation (schwere seelische Notlage) zu sehen. In einer Studie von 2009 zeigte sich unter den teilnehmenden Spitälern, dass einige davon diese Spätabbrüche teilweise nur bei streng somatisch-medizinischen Gründen durchführten, andere wiederum zwar auch bei sozialer Indikation, allerdings nur bis zur 15. Schwangerschaftswo-

160 HALLER URSINA, Frauen suchen sich für Abtreibungen liberale Kantone, in: Neue Züricher Zeitung vom 08.08.2016.

161 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER (Fn. 73), N 19 zu Art. 119 StGB.

162 Bundesamt für Statistik, Anzahl und Rate der Schwangerschaftsabbrüche, nach Kanton der Intervention, 01.07.2021.

163 ISLAS PATRICIA/GLATTHARD JONAS, Auch eine legale Abtreibung kann stigmatisieren, in: swissinfo.ch vom 18.01.2021.

164 HALLER (Fn. 160); ISLAS/GLATTHARD (Fn. 163).

165 Zur Terminologie vgl. Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK), Zur Praxis des Abbruchs im späteren Verlauf der Schwangerschaft – Ethische Erwägungen und Empfehlungen, Stellungnahme Nr. 30/2018, Bern 2018, S. 8.

166 HALLER (Fn. 160).

che.<sup>167</sup> Zudem gaben einige Spitäler an, psychiatrische oder zweite ärztliche Gutachten zu verlangen,<sup>168</sup> obwohl dies von der Rechtsordnung gerade nicht vorausgesetzt wird. Dadurch sind die Betroffenen der Willkür der jeweiligen Spitäler ausgesetzt. Doch sollte eine mit der reproduktiven Selbstbestimmung im Einklang stehende Praxis der Indikationsregelung, wie BÜCHLER zutreffend feststellt, gerade anerkennen, dass die Beurteilung einer Gefahr für eine schwere seelische Notlage primär der Person selbst obliegen muss, die nicht nur in einer unmittelbaren leiblichen Beziehung zum Fötus steht, sondern auch die Folgen der Entscheidung zu tragen hat.<sup>169</sup>

In Hinblick auf die autonome Entscheidung kann es zwar auch positiv gewertet werden, dass ein Grossteil der Abbrüche (gut 95 Prozent) schon innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen durchgeführt wird,<sup>170</sup> in denen die Schwangere keiner Drittbeurteilung ausgesetzt ist. Jedoch sollte dies nicht mit einer Einschränkung der adäquaten Handlungsoptionen nach diesem Zeitpunkt einhergehen. Mit Sorge ist daher auch zu beobachten, dass trotz der ohnehin restriktiven Praxis von Spätabbrüchen diese von reaktionären Kreisen in jüngster Zeit vermehrt als Problem dargestellt werden, welches zu bekämpfen sei. Entsprechende politische Vorstösse hatten bisher zwar keinen Erfolg,<sup>171</sup> doch lässt diese Mobilisierung wenig Hoffnung darauf, dass sich das gesellschaftliche Klima in Bezug auf Abbrüche nach der 12. Schwangerschaftswoche zugunsten der Autonomie der ungewollt Schwangeren entwickelt.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die real existierenden Handlungsoptionen in der Schweiz insbesondere ab der 13. Schwangerschaftswoche, regional aber auch schon früher, hinter dem rechtlich Möglichen deutlich zurückbleiben.

### 4.3 Vergleichsergebnisse

Erschienen auf den ersten Blick das deutsche und das schweizerische Abtreibungsrecht in den wesentlichen Bestimmungen sehr ähnlich, liessen sich bezüglich der Autonomie einige bedeutende Unterschiede herausarbeiten. In Deutschland erfolgt die versuchte Auflösung der Interessenlage zwischen der ungewollt Schwangeren und dem Embryo auf Kosten der Autonomie der ungewollt schwangeren Person. Das strafrechtlich verankerte Verbot und die Austragungspflicht stehen der ersten Bedingung von Autonomie – der Abwesenheit von Zwang und Manipulation – diametral entgegen. Verstärkend treten die obligatorische Beratung und die dreitägige Wartezeit hinzu, die auf den Schutz des ungeborenen Lebens ausgerichtet sind. Das schweizerische Regelungsregime gewährt hingegen jedenfalls in den ersten 12 Schwangerschaftswochen der autonomen Entscheidung der Schwangeren gegenüber dem Schutz des Embryos Vorrang; in dieser Zeit wird

167 Vgl. dazu ausführlich REY ANNE-MARIE/SEIDENBERG ANDRÉ, Die Ergebnisse einer Umfrage der APAC-Suisse\* aus dem Jahr 2009, Schwangerschaftsabbruch: die Praxis der Spitäler und Kliniken in der Schweiz, in: Schweizerische Ärztezeitung 2010/91, S. 551 ff., S. 552.

168 REY/SEIDENBERG (Fn. 167).

169 BÜCHLER (Fn. 93), S. 426.

170 Bundesamt für Statistik, Schwangerschaftsabbrüche.

171 Vgl. Bundesversammlung Motion 20.3191 (Fn. 92); Bundesversammlung, Rechtslage zu Abtreibungen und Spätabtreibungen in der Schweiz, Interpellation 17.3554.

gerade kein Zwang ausgeübt. Nach der kurzen Frist wirkt jedoch der vom grundsätzlich geltenden Verbot ausgehende Zwang fast absolut und die Autonomie wird durch die Drittbeurteilung im Rahmen der Indikationslösung stark eingeschränkt.

Ein möglicher Grund für den unterschiedlichen Stellenwert der autonomen Entscheidung der ungewollt schwangeren Person könnte der stärkere Einbezug der Zivilgesellschaft in die Entwicklung der Regelungen in der Schweiz sein. Wie die historische Darstellung zeigt, konnte die Fristenlösung aufgrund jahrzehntelanger politischer Kämpfe eingeführt werden. Auch in Deutschland trat eine aktive Zivilgesellschaft für die Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs ein – dies führte zwei Mal dazu, dass das Parlament eine Fristenlösung einführen wollte. Doch wurden diese Gesetzesvorstöße durch das Bundesverfassungsgericht, mit seiner besonderen Stellung im Deutschen Verfassungsgefüge,<sup>172</sup> gekippt. In der Schweiz gibt es hingegen kein dem Bundesverfassungsgericht vergleichbares Gericht, das den parlamentarischen Kompromiss ausser Kraft setzen könnte.<sup>173</sup>

Auf der Ebene der adäquaten und real existierenden Handlungsoptionen sind die Unterschiede geringer, auch wenn sich die Hürden aus unterschiedlichen Gründen ergeben. In der deutschen Rechtsordnung stellt der Abbruch ohne Indikation gerade keine als legitim angesehene Handlungsoption dar. Zwar wird über unterschiedliche flankierende Regelungen versucht, ein Mindestmass an Zugang zum Schwangerschaftsabbruch zu sichern. In der Realität wirken aufgrund des generellen Unrechtsverdikts und der rechtlichen Konstruktion jedoch strukturelle Hürden, die einem tatsächlichen Zugang und somit auch einem autonomen Handeln entgegenwirken. In der Schweiz wird der Abbruch innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen von der Rechtsordnung zwar akzeptiert, jedoch ergeben sich auch hier aufgrund der gesellschaftlichen Einstellung zu den Abbrüchen regional abhängig schon innerhalb der 12-Wochen-Frist Hindernisse beim Zugang, die sich nach Ablauf der Frist noch verstärken.

## 5 Fazit

Im Lichte der Autonomie der ungewollt schwangeren Person vermag weder die deutsche noch die schweizerische Rechtsordnung einen zufriedenstellenden Ausgleich der Interessen zu finden. Das liegt nicht zuletzt an der nur schwer zu verortenden Position des Embryos in Bezug zur schwangeren Person, vom Bundesverfassungsgericht als «Zweiheit in Einheit»<sup>174</sup> beschrieben. Denn im Gegensatz zum geborenen Kind existiert der Embryo nur in Abhängigkeit zur schwangeren Person, kann gerade nicht von ihr getrennt werden. Eine klassische Gegenüberstellung der beiden «Grundrechtspositionen» ist daher nicht möglich.

172 Siehe dazu CHIOFALO VALENTINA/SIEGEL JOHANNES, Verfassungsgerichtsbarkeit und das Bundesverfassungsgericht, in: Chiofalo Valentina/Kohal Jaschar/Linke Louisa (Hrsg.), Staatsorganisationsrecht, Berlin 2022 (i. E.).

173 HALLER WALTER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: Merten Detlef/Papier Hands-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2 Grundrechte in der Schweiz und Liechtenstein, Heidelberg 2007, S. 199 ff., N 21.

174 BVerfGE 88, 203, S. 253, 276.

Schlussendlich treffen im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs eine Vielzahl unterschiedlicher Interessen aufeinander: Aus feministischer Perspektive ist das Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch Ziel eines seit über 150 Jahren währenden Kampfs. Im Mittelpunkt steht stets die Frage nach Autonomie, also der Herrschaft über den eigenen Körper und das eigene Leben. Demgegenüber stehen religiöse und moralische Vorstellungen vom Beginn des menschlichen Lebens. Annahmen über den Beginn des Lebens gehören, neben anderen Belangen,<sup>175</sup> in eine ausgewogene gesellschaftliche Debatte über den Schwangerschaftsabbruch. Gleichzeitig muss anerkannt werden, dass gebärfähige Personen Sex haben, ohne Reproduktion zu wollen. Abtreibungen sind als Konsequenz dessen im Reproduktionszyklus zu verorten und müssen als Gesundheitsleistung verstanden werden. Weltweit zeigt sich immer wieder, dass strafrechtliche Verbote keine Auswirkung darauf haben, dass Abbrüche vorgenommen werden.<sup>176</sup> Dies bestätigt sich auch für die Schweiz und Deutschland, wo die Abbruchzahlen seit den teilweisen rechtlichen Öffnungen gerade nicht zugenommen haben.<sup>177</sup> Es scheint daher zumindest zweifelhaft, ob der von einem Verbot ausgehende, die Autonomie einschränkende Zwang zum Schutze des «ungeborenen Lebens» überhaupt erforderlich ist. Eine weitaus schonendere und effektivere Möglichkeit, das «ungeborene Leben» zu schützen, wäre eine umfassende Gleichstellungspolitik, die dazu ermutigt, Kinder bekommen zu wollen.

---

175 Dazu zählen etwa die Belange von Menschen mit Behinderung, die hier nicht thematisiert werden konnten, aber näherer Betrachtung bedürfen.

176 SEDGH GILDA et al., Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, in: *The Lancet* 2012, S. 625 ff.

177 Vgl. Abbruchraten in Deutschland ab 1996: Statista, Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland bis 2020, 2020; Abbruchraten in der Schweiz ab 2000: Bundesamt für Statistik (Fn. 162).

# Individual and Institutional Dimensions of Epistemic Injustice in Swiss Legal Education

## Remarks and Ways Forward

---

Sofia Balzaretto/Stephanie Deig

*In Switzerland, the institutions through which legal knowledge and education are produced have systemically enabled epistemic injustice through forms of silencing and the cultivation of active ignorance at both the individual and institutional levels. As such, we argue that feminist critical theory is an important form of intervention in the legal education system, which could not only provide instruments to address epistemic injustice, but also better equip lawyers as individuals and as members of a collective, epistemic community. Providing access to and engagement with critical legal methodology is integral to the development of epistemic capacities. It would help to prevent the formation of insensitivities to experiences of injustice and interrupt the perpetuation of silencing and cultivation of active ignorance along individual and institutional dimensions.*

## 1 Introduction

This article builds on the following claim: the purpose of a legal education is not only to learn, but also to become a co-contributor to the creation of knowledge within the institutions in which legal education takes place.<sup>1</sup> We argue that when one cannot engage both as a learner and as a co-contributor to the creation of knowledge in these institutions, epistemic injustice occurs – that is, one is wronged in their capacity as a knower or epistemic agent.<sup>2</sup> Specifically, we explore how epistemic injustice arises in institutions in which legal education and legal knowledge are propagated in Switzerland, due to forms of silencing<sup>3</sup> and the cultivation of active ignorance<sup>4</sup> along individual and institutional

---

1 KOTZEE BEN, Epistemic Injustice and Education, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, pp. 324 et seq., p. 326.

2 FRICKER MIRANDA, *Epistemic Injustice, Power and the Ethics of Knowing*, Oxford 2007, p. 1.

3 DOTSON KRISTIE, Tracking Epistemic Violence, *Tracking Practices of Silencing*, in: *Hypatia* 2011/26, p. 236.

4 MEDINA JOSÉ, *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations*, Oxford 2012, p. 25.

dimensions. We aim to raise awareness of the ways in which these epistemic injustices occur; how such wrongs are experienced by epistemic agents (ie, students); and how they are often deeply intertwined with other forms of social and political injustice.

We argue that there is an urgent obligation to reimagine and transform the legal education system in Switzerland on the basis that epistemic injustice engendered in legal education wrongs individuals and contributes to epistemic oppression.<sup>5</sup> «Epistemic oppression» is when deficiencies in social knowledge exist due to the exclusion of epistemic contributions of epistemic agents in certain social positions or communities. As a consequence, epistemic agents who are so positioned cannot make use of the shared epistemic resources that determine the shared social culture or be co-contributors to these epistemic resources. This creates barriers to full democratic participation in existing political institutions, as well as to equitable access and contributions to the production of knowledge through which these political processes are determined and maintained.<sup>6</sup>

Preliminary steps towards taking this obligation seriously would require a critical rethink of the norms, structures and forms of knowledge that discursively constitute these institutions, as well as our individual roles in upholding and maintaining them. What would it look like if we took this obligation seriously? In the following sections, we build on insights from feminist, decolonial and queer theory<sup>7</sup> to deconstruct and critique discourses such as the hierarchical organisation of the Swiss legal education system exemplified by the dominance of *ex-cathedra* teaching and the resistance to change in the content of legal curricula – particularly to the introduction of inter- or transdisciplinary legal methods and to critical frameworks that analyse and deconstruct the law's role and power in legitimising oppressive norms and institutions. This article thus bridges the

---

5 DOTSON KRISTIE, A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression, in: *Frontiers: A Journal of Women Studies* 2012/33, pp. 24 et seq., p. 24.

6 ANDERSON ELIZABETH, The Epistemology of Democracy, in: *Episteme* 2006, pp. 8 et seq., p. 15; ANDERSON ELIZABETH, Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions, in: *Social Epistemology* 2012/26, pp. 163 et seq., p. 172. A well-known example of a historically excluded political and epistemic community in Switzerland is that of third-generation migrants. The necessity of political as well as epistemic inclusion and co-contribution being fundamental to democracy was used as one argument in the since successful public initiative, *Erleichterte Einbürgerung der dritten Ausländergeneration*, in 2017. See Sekretariat der Staatspolitischen Kommissionen, *Des améliorations sont nécessaires en matière de naturalisation facilitée des étrangers de la troisième génération*, Bern 2022; *Operation Libero, Bürger\*innenrecht Gleiche Rechte statt auf Abstammung basierende Privilegien*, Bern 2022.

7 To cite just a few: KAPUR RATNA, *Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl*, Cheltenham 2018; MÖSCHEL MATTHIAS/BENTOUHAMI HOURYA (eds.), *Critical Race Theory: Une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris 2017; FINEMAN MARTHA/JACKSON JACK/ROMERO ADAM (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Surrey 2009; DAVIES MARGRET/MUNRO VANESSA (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, 2<sup>nd</sup> ed., Abingdon 2013; FINEMAN MARTHA/THOMADSEN NANCY SWEET (eds.), *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, New York 2013; BAER SUSANNE, *Feminist Theory and the Law*, in: Goodin Robert E. (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2009, pp. 305 et seq.; MATSUDA MARI/LAWRENCE CHARLES/DELGADO RICHARD/CRENSHAW KIMBERLÉ, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and The First Amendment*, Boulder 1993.

gap between theoretical critiques by raising awareness of how epistemic injustice manifests in the legal education system in Switzerland and by proposing solutions and steps forward.

## 2 Methodology

The institutions in which legal education take place are the result of historically contingent social practices and power relations that organise knowledge in certain ways.<sup>8</sup> As such, institutions of legal education are constituted by powerful systems of knowledge – that is, discourses that shape and constitute legal education. As subjects to and agents within these discourses, certain experiences of being subject to, identifying with, and resisting these structures, as well as ways of knowing the social world, are constituted through them to the exclusion of others.<sup>9</sup>

Powerful discourses that shape institutions such as those of legal education can become so entrenched – in other words, so foundational to the structure and meaning of those institutions – that their own contingency becomes obscured and critical analysis or debate becomes difficult. Deconstruction is a way of revealing or making visible that contingency. It makes visible which discourses are operative, as well as why and how they came about – which in turn reveals which interests they represent in knowing in a certain way, and how they organise power and knowledge. In addition, it reveals how these processes shape our experiences as subjects and create certain subjectivities. Finally, it allows us to look for ways of knowing that have been excluded through the domination of certain ways of knowing over others.

Once these discourses have been deconstructed, one can pose critical normative, ethical, political and legal questions about them. In this case, we utilise the normative framework of epistemic injustice to guide these critical questions. This is referred to as «critical discourse analysis» and is the central method invoked in this text.<sup>10</sup> A few examples of discourses at which we level our critical gaze are *ex-cathedra* teaching; hierarchical structures of authority in legal education; and the exclusion of critical and contestatory perspectives and forms of legal knowledge such as feminist, queer and decolonial methodologies. We deconstruct these using a variety of sources: our experiences, as well as those of our colleagues within legal education institutions; studies of experiences of alienation and powerlessness that young lawyers endure in legal firms; and application of the theoretical frameworks of epistemic injustice and oppression.

We draw on our own experiences, as well as the testimony of colleagues, fellow conference participants and reading group members, as sources of knowledge which are relevant to the evaluation of these discourses. They constitute evidence of an ongoing pro-

---

8 FOUCAULT MICHEL, *The Archaeology of Knowledge and the Discourse on Language*, Paris 1972, p. 50.

9 FOUCAULT (fn. 8), p. 60.

10 ALLEN AMY, *Power/Knowledge/Resistance: Foucault and Epistemic Injustice*, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, pp. 187 et seq., p. 188.

cess of deconstruction and critical reflection among students of our own subjectivities. These experiences have also revealed to us contexts in which critical engagement with the institutions in which legal education take place are under-theorised or overlooked.

The experiences to which we refer are not casual observations, but rather have been collectively discussed at length in epistemic communities and contextualised by means of extensive literature reviews. These experiences have informed our research interests and career choices. Furthermore, understanding and taking seriously our experiences as epistemic agents in the Swiss legal education system is an important way to engage in bottom-up theorising that values the contributions of students as sources of knowledge, thus combating epistemic injustice. It also reveals important insights that can serve as a starting point for articulating our material and social interests in transforming this system.

### 3 Epistemic Injustice, Silencing and Active Ignorance

#### 3.1 What is Epistemic Injustice?

«Epistemic injustice» is injustice that occurs when persons, groups or communities are wronged as epistemic agents – that is, as knowers.<sup>11</sup> There are many varieties of epistemic injustice.<sup>12</sup> Here we examine a few that occur along individual and institutional dimensions in the Swiss legal education system.

For the purposes of this article, the individual dimension of epistemic injustice is when individuals are wronged in their capacity as epistemic agents. Earlier, we outlined that in order to be a full epistemic agent, one must be able not only to receive knowledge, but also to co-contribute to its production. Examples of this include epistemic agents being unjustly given less credibility than they are due – for example, because of prejudice, implicit bias or stereotyping; or where the epistemic contributions of an epistemic agent are silenced due to the marginalisation of their social position. This exclusion from epistemic communities also leads to further wronging through the denial of access to engagement with epistemic resources. Epistemic resources are things that help us both to make sense of and understand ourselves and the world around us, and to communicate those experiences and be understood in doing so. They include things necessary for communication, such as shared language, interpretive schemas and shared social culture, as well as political and social institutions.<sup>13</sup>

The institutional dimension of epistemic injustice concerns the wronging of epistemic agents, groups and communities that occurs systemically within or as a result of institutional structures or systems of knowledge that perpetuate epistemic exploita-

---

11 FRICKER (fn. 2), p. 1; POHLHAUS GAILE, *Varieties of Epistemic Injustice*, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, pp. 13 et seq., p. 13.

12 POHLHAUS (fn. 11), p. 13.

13 DOTSON (fn. 5), p. 24.



tion,<sup>14</sup> epistemic objectification<sup>15</sup> or active forms of ignorance.<sup>16</sup> It can also pertain to institutional activities that create epistemic dysfunction that marginalises or excludes certain epistemic agents, distorts their epistemic contributions or stymies certain kinds of inquiry.<sup>17</sup>

Feminist theorists working in critical legal theory, queer legal theory and decolonial theory have become increasingly interested in the framework of epistemic injustice. The framework has helped to conceptualise the importance of understanding ethics, politics, power and the production of knowledge as being deeply interconnected.<sup>18</sup> As a result of this approach, there have been productive engagements that have revealed the ways in which structures and systems of oppression are constituted and maintained through the marginalisation of certain ways of knowing or understanding and the epistemic, moral, ethical, social, political and legal implications thereof.<sup>19</sup>

An important insight to emerge from such inquiries is that unequal social conditions situate us differently in the use and development of our capacities and resources as epistemic agents.<sup>20</sup> What does the full exercise of one's epistemic capacity or agency have to do with justice? The ability to know and understand ourselves and the world around us, and to share information based on our experiences, is dependent on access to resources – whether they be social, economic or cultural – and access to inclusion in epistemic communities. As a result, those who are disadvantaged or marginalised due to their social position often suffer compounding wrongs, being silenced through denial of credibility and deprivation of access to resources and spaces necessary to make sense of and share their experiences, knowledge, understanding and thus interests as a basis for organisation of shared social, ethical and political life.<sup>21</sup>

---

14 POHLHAUS (fn. 11), p. 22.

15 HASLANGER SALLY, Objectivity, Epistemic Objectification, and Oppression, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, pp. 279 et seq., p. 280.

16 MEDINA (fn. 4), p. 102.

17 POHLHAUS (fn. 11), p. 13.

18 MOHANTY CHANDRA TALPADE, *Feminism without Borders: Decolonizing Theory, Practicing Solidarity*, Durham 2004; SPIVAK GAYATRI C, Can the Subaltern Speak?, in: Nelson Cary/Grossberg Lawrence (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, Basingstoke 1998, p. 271.

19 To cite a few: TUANA NANCY, *Feminist Epistemology: The Subject of Knowledge*, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, pp. 125 et seq.; COLLINS PATRICIA HILL, *Intersectionality and Epistemic Injustice*, in: Kidd Ian James/Medina José/Pohlhaus Gaile (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, New York 2017, p. 115.

20 MEDINA (fn. 4), p. 103.

21 A well-known example is KIMBERLÉ CRENSHAW's work, in which her theory of intersectionality is introduced. CRENSHAW explains how both aforementioned dimensions of epistemic injustice are often inextricably intertwined. She demonstrates how, along the individual dimension, Black women's testimony of their experiences of discrimination as Black women have been silenced due to the marginalisation of their voices in anti-racist as well as feminist political movements and theorising. This in turn has led to a failure on the institutional level to conceptualise discrimination under the law as occurring along multiple intersecting axes of systems of oppression – such as, race and gender. See CRENSHAW KIMBERLÉ, *Demarginalizing the Intersection of Race*

## 3.2 Epistemic Injustice as it Relates to Legal Education: Dual Dimensions

### 3.2.1 The Individual Dimension

Let us take up the discourse of *ex-cathedra* teaching, which is the pedagogical norm in Swiss undergraduate legal education. We might remember being advised (read: warned) by a first-year professor to take a good look around at our fellow students and realise that there was a fair chance that only one out of three of us would make it through our first year of studies. In our experience, this pedagogical approach has not generally been contextualised. For example, one might posit this as an intentional strategy meant to «narrow the pack», which is likely a survival mechanism of a legal education system that does not have the resources to educate students in a more comprehensive manner. No; instead, we insidiously learned that those who do not thrive in an environment where exhaustive memorisation and recall are the gold standard of learning, who could not cope – the *other* two out of three persons in that room – did not deserve to be there. Or perhaps one recalls, as we do, lecturers telling us we might be able to form an opinion on what the law should be once we had finished our studies. In such a climate, voicing an opinion, commenting on an interpretation of legal doctrine or beginning a discussion was seldom encouraged or was pre-emptively silenced. The message to us was clear: «The knowledge you produce is not consequential to what we as lawyers do. You are not a credible knower.»

This served to undermine the cultivation of the courage, boldness and self-confidence necessary to develop as epistemic agents; and ultimately to hinder us in understanding ourselves as credible knowers, which many of us may see as the central goal of pursuing education and developing critical thinking skills. It also forecloses the possibility for students to articulate critical inputs, and forecloses their engagement with and contribution to epistemic resources such as formalised disciplinary schemes. Students of the law are indeed positioned within the legal system, but are also outsiders to it, thus being a critical resource that the legal education system should make use of. Not having internalised the status quo, they can pose challenges and create resistance to dogmatic forms of knowledge that have become formalised within their disciplines.

Through this, we learn that specific ways of generating legal knowledge are more valid, more credible than others. We learn to shut up and listen; to be receivers and not co-producers of knowledge. We learn to stop asking questions about certain things. Our epistemic capacity goes unexercised and our epistemic credibility wanes. We become doubtful and silence ourselves when we are not being silenced by the systems in place.<sup>22</sup>

Silencing, exclusion or marginalisation of the epistemic contributions of individuals is an important component of the cultivation of what political philosopher JOSÉ MEDINA has referred to as «bodies of active ignorance»: cultivated forms of «self-protecting ignorance» which result from systemic epistemic disfunctions, distortions and insensitivities.<sup>23</sup> Essentially, individuals, groups and institutions actively fail to see or seek out

---

and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: University of Chicago Legal Forum 1989/1, pp. 139 et seqq.

22 DOTSON (fn. 3), pp. 244; MEDINA (fn. 4), p. 94.

23 MEDINA (fn. 4), p. 107.

information that would raise questions about their ways of knowing or understanding. This is often because they have an interest in not knowing, as it would challenge the dominance of their epistemic, social or political position. A paradigmatic example of this is the notion of «white ignorance».<sup>24</sup>

As individuals, the cultivation of bodies of active ignorance wrongs us, in that it prevents us from seeing others or from hearing their voices in a way that is necessary to take them seriously in the exercise of their epistemic capacities and as co-contributors of the social world. Being unable to see or hear about certain experiences shapes our outlook and where we orient our epistemic gaze in the future. It impacts our ability to make sense of our own experiences in the world and to see experiences of injustice of others. If we cannot see injustice; if we do not possess the tools to learn about it, then we cannot understand it, let alone address it. Such epistemic injustice is experienced not just by marginalised persons, who are deprived of epistemic resources to make sense of their experiences or whose voices and experiences cannot be communicated or heard, but also by those who are privileged due to their social position. The latter fail to develop in their epistemic capacity and to engage properly to create shared social culture, and often continue to perpetuate epistemic injustice due to their insensitivities.

Learning that certain ways of knowing are more valid than others also encourages coercive forms of othering in which those who do not «get it» are assigned diminished credibility.<sup>25</sup> As a result, those who know differently often do not meet the standards necessary for advancement. On this basis, potential narrowing of the pack within this epistemic community is understood to be well justified instead of critically examined. This also often leads to tokenisation of those outliers who make it through by internalising these harmful epistemic standards and practices.<sup>26</sup>

This situation makes studying the law a hostile environment for anyone who feels an intrinsic incongruity between their experiences and what they are being told by authority figures or institutions is normal. This in turn can create an out-of-sync feeling with the reality of how we understand the law and the relevance of how its practice affects the people we know and love. Some of us have felt stymied in efforts to reflect on fundamental questions and about how experiences of fairness and justice shape our lives, such as: What is the purpose of law? What is justice? What does the law protect? Who ultimately benefits from it?

As a result, when we law students look back at our undergraduate years, many of us recall experiencing feelings of inadequacy. Not because we had difficulties grasping legalese or because we were not motivated to learn about the founding principles of our democracy; rather, this inadequacy stemmed from the ways in which the realities of legal education undermined our individual capacity as epistemic agents within the legal education system.

---

24 MILLS CHARLES, *White Ignorance*, in: Sullivan Shannon/Tuana Nancy (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*, New York 2007, pp. 11 et seq.

25 POHLHAUS (fn. 11), p. 19.

26 DAVIS EMMALON, *Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice*, in: *Hypatia* 2016/312, pp. 485 et seqq., p. 487.

The normalisation of unjust and unfair experiences produced through these epistemic practices echoes through our lives and careers. One does not, by virtue of graduation or completion of an internship, feel oneself become epistemically credible or leave behind these epistemic habits or bodies of cultivated active ignorance. For example, sociologists have shown how, for young lawyers practising in Switzerland, globalisation, neoliberalism, high rates of attrition and experiences of dissatisfaction have led to experiences of alienation.<sup>27</sup>

In this study, alienation was conceptualised along four axes: (i) powerlessness, understood as various forms of dependency (on the partners and on the clients) experienced by young lawyers and the effects of this powerlessness; (ii) purposelessness; (iii) deprivation of time as it impacts on personal choices about family planning; and (iv) unfairness, understood as experiences of unequal treatment (iv).<sup>28</sup> This in many ways mirrors what we have described as experiences of a sense of incongruity between the expectations of what it entails to practise law versus what it actually entails; and further shows how this is experienced and felt by young lawyers.

The experiences along each axis of alienation were also reported to vary due to social positionality as measured by variables such as gender, firm size, family situation and professional status, which echoes our claim earlier about how one's social position influences how these injustices shape our lives. For example, the authors show how unfairness and time deprivation stem from the negative effects of a gendered professional ethos. According to them, the ethos of dedication to work is also marked by a «masculine mystique», which affects men and women differently, according to the possibilities of delegating domestic labour and care work. This hegemonic model of masculinity also produces gender discrimination or experiences of gender stereotyping during interviews, as well as in the context of hiring processes and possibilities of attaining associate partnerships. For example, women often suffer from harassment or discriminatory comments; and men are unable to reduce workload or are badly perceived when they do so.

### 3.2.2 The Institutional Dimension

When we zoom out and examine the institutional dimension of epistemic injustice, it becomes clear that wrongs or injustices occurring along the individual dimension of epistemic injustice are fundamental to the instantiation and entrenchment of structures and systems of knowledge. These entrenched systems or structures perpetuate epistemic oppression and bodies of active ignorance; or justify the preservation of institutions and institutional activities that create epistemic dysfunction. Epistemic dysfunction takes many forms, such as the systemic marginalisation of certain epistemic agents and resultant distortions of their epistemic contributions; or when certain kinds of inquiry are

---

27 BONI-LEGOFF ISABELLE/LÉPINARD ELÉNORE/LE FEUVRE NICKY/MALLARD GRÉGOIRE, A Case of Love and Hate: The Four Faces of Alienation Among Young French and Swiss Lawyers, in: *Law and Social Inquiry* 2020/45, pp. 279 et seqq. See also BONI-LEGOFF ISABELLE/LÉPINARD ELÉNORE/LE FEUVRE NICKY/MALLARD GRÉGOIRE, Do Gender Regimes Matter?, *Converging and Diverging Career Prospects Among Young French and Swiss Lawyers*, in: Adams Tracy/Choroszewicz Marta (eds.), *Gender, Age and Inequality in the Professions*, New York 2019, pp. 114 et seqq.

28 BONI-LEGOFF/LÉPINARD/LE FEUVRE/MALLARD (fn. 27), p. 279.

stymied – for example, when asking a question in a certain institutional context is no longer permissible or possible due to lack of uptake of what is being asked.<sup>29</sup>

In turn, actively ignorant bodies of knowing are entrenched in structures and institutions that organise social life, further silencing socially marginalised persons by rendering their experiences invisible as a matter of ethical or political concern.<sup>30</sup> In the long term, this has resulted in systemic epistemic dysfunction, such as the AIDs crisis, disproportionate levels of violence against trans\* people of colour and the normalisation of sexual violence to the point that «rape culture»<sup>31</sup> makes permissible incredibly harmful and abusive behaviour, with survivors systemically dismissed as unreliable.<sup>32</sup> Being made invisible as a subject of political, legal and social concern goes beyond neglect. It puts those persons' lives and experiences beyond the purview of justice; it denies them agency and makes invisible their subjectivity, which is more than simply ignoring the historical contingency of one's social positionality and how it impacts on our experiences; it removes one's experiences as a matter of particular human concern.<sup>33</sup>

There are many structural factors in the legal education system that cause, contribute to or exacerbate the dysfunctional epistemic systems that perpetuate these injustices, such as lack of diversity in the student population on the basis of race, class, migratory background, disability, sexual orientation or gender expression, among others; powerful exclusionary mechanisms such as discrimination, lack of role models and failure to consider daily experiences of discrimination such as racism as impacting the quality of education one may have;<sup>34</sup> the insular and repetitive nature of a legal curriculum dominated by civil law; the creation and promotion of courses on «digitalisation and the law» or «blockchain and the law» at the expense of history and philosophy of law; changes in the legal profession such as hyper-specialisation due to globalisation and neoliberalism; and finally, a pedagogical style that is overly reliant on lecture-style teaching, which does

---

29 MEDINA (fn. 4), p. 94.

30 BUTLER JUDITH, *Beside Oneself: On the Limits of Sexual Autonomy*, in: Butler Judith (ed.), *Undoing Gender*, New York 2004, pp. 17 et seq.; SPIVAK (fn. 18), p. 271.

31 On rape culture, see HENRY NICOLA/POWELL ANASTASIA (eds.), *Preventing Sexual Violence, Interdisciplinary Approaches to Overcoming Rape Culture*, Basingstoke 2014.

32 TEMKIN JENNIFER/GRAY JACQUELINE M/BARRETT JASTINE, *Different Functions of Rape Myth Use in Court: Findings From a Trial Observation Study*, in: *Feminist Criminology* 2018/13, pp. 205 et seqq.; SMITH OLIVIA/SKINNER TINA, *How Rape Myths are Used and Challenged in Rape and Sexual Assault Trials*, in: *Social & Legal Studies* 2017/26, pp. 441 et seqq.; CUSACK SIMONE/TIMMER ALEXANDRA, *Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee's Decision in Vertido v The Philippines*, in: *Human Rights Law Review* 2011, pp. 329 et seqq.; MCGREGOR JOAN, *Is It Rape?: On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Hampshire 2005.

33 BUTLER (fn. 30), p. 18. For more on this topic in legal theory, see also MACKINNON CATHERINE A., *Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law*, Cambridge 1987; MACKINNON CATHERINE A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge 1989; MACKINNON CATHERINE A., *Are Women Human?, And other International Dialogues*, Cambridge 2006; MACKINNON CATHERINE A., *Response to Five Philosophers: Toward a Feminist Theory of the State Some Decades Later*, in: *Feminist Philosophy Quarterly* 2017/3, pp. 1 et seqq.

34 GRÜNBERGER MICHAEL/MANGOLD ANNA/MARKKARD NORA/PAYANDEH MEHRDAD/TOWFIGH EMANUEL, *Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay*, Baden-Baden 2021, pp. 24 et seq.

not foster critical or open discussion of basic legal concepts of justice or inclusive ways of lawyering.

At the institutional level, forms of active ignorance intersect with operations of power. In turn, actively ignorant ways of knowing are entrenched that effectively silence oppressed persons by rendering their experiences and identities invisible. This prevents investigation of the ways in which our experiences impact on operations of oppression upon us. For example, it has long been a standard in legal thinking that the law should be gender or race blind – that is, it should treat us the same despite our experiences as racialised and gendered persons.<sup>35</sup> In doing so, knowledge of experiences that help one understand how gender and race – and further, the very principle of equality – should be accounted for in legal institutions to address the impact of structural inequality are actively ignored as integral to the practice and creation of the law.<sup>36</sup>

In what follows, we argue that there is an urgent obligation to make silencing and the cultivation of active ignorance visible within the Swiss legal education system, and to address epistemic injustice by reimagining and transforming systems of legal education. We utilise insights from feminist legal theory to argue that systems of legal education in Switzerland do not inform students on how to critically view their own or the law's role in these processes; or to look at the places where persons are excluded, marginalised or subjected to the law in ways that are harmful to their agency or ability to understand themselves.

#### 4 Ways forward

We have argued that the contributions of law students are smothered or silenced, which leads to harmful internalisation of forms of legal subjectivity, in which students and eventually young lawyers experience epistemic injustice because they are unjustly deprived of epistemic credibility, unable to develop in their epistemic capacity as inquirers and receivers of legal knowledge and hindered in developing resistant collective epistemic communities. We have further argued that this maintains, justifies and legitimises epistemic injustice along the institutional dimension – particularly *vis-à-vis* structures and institutional activities that lead to systems of knowledge that perpetuate the cultivation of active ignorance,<sup>37</sup> or through institutional activities that create epistemic dysfunction by marginalising certain voices or making certain kinds of inquiry impossible.

How is this connected to the practice of law? Why or how would reimagining the legal education system do anything about it? Essentially, because lawyers are in large part

---

35 MEDINA (fn. 4), p. 26; MACKINNON (fn. 33), p. 249; NAFFINE NGAIRE, Who are Law's Persons?, From Cheshire Cats to Responsible Subjects, in: *Modern Law Review* 2003/63, pp. 346 et seqq., p. 365.

36 This might explain the recent interest of legal scholars in the sociological concept of «sexism» and its relation to law. See, inter alia, in comparative law, DUPARC CAROLINE/CHARRUAU JIMMY (eds.), *Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes*, Paris 2021; CHARRUAU JIMMY, *Le «sexisme»: une interdiction générale qui nous manque?*, in: *Revue de droit public* 2017/3, pp. 365 et seqq.

37 MEDINA (fn. 4), p. 102.

products of their educational environments. It is in these epistemic communities that the contours of legal knowledge are defined which shape how one approaches practising law, what tools one has to do so and what epistemic capacities one develops in order to be able to know, understand and contribute to the generation of legal knowledge through one's education and practice in law.

Forms of epistemic injustice such as the cultivation of bodies of active ignorance on the institutional dimension are not just the cumulative effect of all the injustices that occur along the individual dimension, but also depend on the interplay of these wrongs with historical, political, social and material conditions that differentially situate people both socially and in their access to epistemic resources as a result of existing social, political and legal structures. As such, they can also be contested through forms of collective resistance in marginalised epistemic communities, such as raising awareness, protesting, organising and implementing resistant epistemic practices in institutions of education.<sup>38</sup>

There are already some promising contestatory developments, such as the introduction of legal clinics at the universities of Geneva<sup>39</sup> and Neuchâtel.<sup>40</sup> In the case of the clinic at the University of Geneva, one of the explicit goals articulated in their teaching pedagogy is to incorporate critical theorising and methodology in their teaching and practice within the clinic setting.<sup>41</sup> They do this by engaging students with interdisciplinary methods regarding the function and role of the law, and by bringing in a wide variety of experts with whom students work on both practical and theoretical projects.<sup>42</sup> Furthermore, in both clinics, it has been shown that students benefited through direct engagement with the persons on whose behalf they are practising law. They were able to relate to their cases in new ways and see how the circumstances of their lives are important to the practice of lawyering as well as theorising about the law.

#### 4.1 A Feminist Critical Theory in Legal Education

In general, doing «feminist» research or teaching in a feminist way implies engaging not only in a mission to encourage the adoption of methodologies that apply scientific theory to research on women and gender, but also in a mission to propose new theories of knowledge or feminist epistemologies. According to criminologists VÉRONIQUE JAQUIER and JOËLLE VUILLE, three aspects allow us to better understand characteristics of feminist epistemologies and the resistance they encounter in the academic field: the importance

---

38 MEDINA (fn. 4), p. 257.

39 ZIMMERMAN NESA/ESKANDARI VISTA/CARRON DJEMILA, Des pédagogies cliniques aux pédagogies critiques : l'évolution de la Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables de l'Université de Genève, in : Cliniques juridiques 2021/5, pp. 1 et seqq.

40 DI DONATO FLORA, How to Increase the Role of Vulnerable People in Legal Discourse?, Possible Answers from Law & Humanities and Legal Clinics: Teaching Experiences from Italy & from Switzerland, in: Teoria E Critica Della Regolazione Sociale/Theory and Criticism of Social Regulation 2020/15, pp. 35 et seqq., p. 49.

41 ZIMMERMAN/ESKANDARI/CARRON (fn. 39), p. 1.

42 ZIMMERMAN/ESKANDARI/CARRON (fn. 39), pp. 1 et seqq.

of women's experience as a source of knowledge; notions of objectivity in the social construction of science; and the close links between feminist research and social, political action.<sup>43</sup>

In law, a common element in all feminist interventions is the analysis of the law in the light of women's experience and the importance of women as subjects of the law.<sup>44</sup> The main purpose of the legal norm is to establish an official, objective and non-factual standard, thus making systemic biases – about gender, race or other characteristics – invisible to the mind or legal reasoning. Indeed, according to all feminist interventions – though they may vary in scope or subject matter – the law tends to legitimise the status quo and existing power relations in that it gives no consideration to the concrete realities experienced by women, or Black, Indigenous and people of colour (BIPOC) and queer folk, as subjects of rights.<sup>45</sup>

A major intervention has consolidated feminist legal dogmatics and feminist legal theory.<sup>46</sup> Feminist legal dogmatics establish general doctrines on concrete, positive law, which reorganise and reconstruct the systematic creation of law and its interpretation. They propose, for example, that general clauses should always be interpreted with a view to ensuring effective gender equality, thus departing from traditional methods of interpretation. Generally, feminist legal theory begins from the assumption that women suffer a particular injustice because of their social status or position, and thus marginalisation on the basis of gender as well as along other axes of oppression. As such, it is argued that these particularities ground a need for feminist theories of justice.<sup>47</sup>

Feminist legal methods are diverse; beyond epistemology and feminist dogmatics, a few other methods exist – for example, taking practice as a source of theory in which one's theoretical point of departure is the factual everyday-life experiences of women, queer and BiPOC people.<sup>48</sup> These approaches call for the use of inter- and/or intra-disciplinary methods that take the law and legal rights as research subjects *per se*, such as socio-legal studies<sup>49</sup> or legal consciousness studies.<sup>50</sup>

- 
- 43 JAQUIER VÉRONIQUE/VUILLE JOËLLE, *Les femmes et la question criminelle : délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires*, Geneva/Zurich 2019, pp. 33 et seqq.
- 44 CHINKIN CHRISTINE, *Feminism, Approach to International Law*, in: Peters Anne/Wolfrum Reto (eds.), *The Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Oxford 2010.
- 45 SCALES ANN, *Legal Feminism: Activism, Lawyering and Legal Theory*, New York 2006; MACKINNON (fn. 43), p. 248.
- 46 FRANCIS LESLIE/SMITH PATRICIA, *Feminist Philosophy of Law*, in: Zalta Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford 2021.
- 47 SEN AMARTYA, *Gender Inequality and Theories of Justice*, in: Glover Jonathan/Nussbaum Martha (eds.), *Women, Culture, and Development*, New York 1995, pp. 259 et seqq.; KIRP DAVID/YUDOF MARK/STRONG FRANKS MARLENE, *Gender Justice*, London 1986.
- 48 BARTLETT KATHARINE, *Feminist Legal Methods*, in: *Harvard Law Review* 1989/103, pp. 829 et seqq., p. 857.
- 49 BRADNEY ANTHONY, *Law as a Parasitic Discipline*, in: *Journal of Law and Society* 1998/25, pp. 71 et seqq., p. 73.; SILBEY SUSAN/AUSTIN SARAT, *Critical Traditions in Law and Society Research*, in: *Law & Society Review* 1987/21, pp. 165 et seqq.
- 50 SILBEY SUSAN S., *After Legal Consciousness*, in: *Annual Review of Law and Social Science* 2005/1, pp. 335 et seqq.; COMMAILLE JACQUES, *Les Legal Consciousness Studies selon Susan Silbey*: une



Apart from trans-disciplinarity and using situated, material analysis, a feminist or gender-informed perspective on the law, as a political exercise, could have myriad positive outcomes not only for legal education, but also in the legal professions, by creating and reinforcing individual and collective dimensions of epistemic justice. Methods from feminist and critical race theory can help to raise awareness of important principles that are generally considered «neutral», and can provide tools to challenge and address them from another perspective. They also help to disrupt the idea that the «woman question»<sup>51</sup> is independent from the rest of the legal system. This is because studying the history of legal discrimination can contribute significantly to the development of the right to self-determination. Understanding that gender is constructed by the law, and that the law is a socio-political tool in the way it is practised, can in turn shape gender roles and expectations. As such, it is fundamental to the use and questioning of the law as a factor of socio-political power. As lawyer CATHERINE A MACKINNON has put it: «Feminism will be real in legal education when students are taught that almost everything they do is on one side or another of a real social divide that includes sex, with material and differential consequences».<sup>52</sup> As she argues, there are many advantages to adopting a feminist point of view of the law, which requires rethinking fundamental notions at the heart of human rights and criminal justice. Indeed, insights such as the analogy between consent in contract law and consent in sexual relations,<sup>53</sup> or the framing of domestic violence as «terrorism»,<sup>54</sup> have emerged through analysis using these methodologies. Comprehensively mainstreaming feminism in the legal curriculum thus provides students with useful tools with which to critically question the legal world and to work with social equality as a whole; and provides access to points of view of persons that have been otherised, which is critical to combating bodies of active ignorance.

While debates about what should be included in a feminist or gender view of the law are salient in other parts of the world – such as in common law states, where they spark great controversy<sup>55</sup> – it is important to ask and examine how a feminist perspec-

---

dissonance entre données empiriques et ressources théoriques?, in: *Droit et société* 2018/100, pp. 657 et seqq., p. 658.

51 MACKINNON (fn. 33), p. 16.

52 MACKINNON CATHERINE A., *Mainstreaming Feminism*, in: *Journal of Legal Education* 2003/53, pp. 199 et seqq., p. 212.

53 LOICK DANIEL, «As if it were a thing»: A Feminist Critique of Consent, in: *Constellations, An International Journal for Critical and Democratic Political Theory* 2020/27, pp. 412 et seqq., p. 412. See also GARCIA MANON, *La conversation des sexes: Philosophie du consentement*, Paris 2021, p. 81.

54 SLOAN-LYNCH JAY, *Domestic Abuse as Terrorism*, in: *Hypatia* 2012/27, pp. 774 et seqq.

55 Briefly summarised, some self-proclaimed «gender-critical» feminists make a clear distinction between sex as a biological «reality» and gender as a social construct. They tend to fight for a return to sex as a criterion of distinction and are commonly referred to – sometimes rightly and sometimes wrongly – as «TERFS» (i.e., Trans Exclusionary Radical Feminists) by transgender and queer activists. This has led to the phenomenon known as «no-platforming» in the academic world, particularly in the UK. See the case of Oxford University Professor Selina Todd: BBC News, «Oxford University Professor Condemns Exclusion from Event», March 4, 2021; and FAZACKERLEY ANNA, *Sacked or silenced: academics say they are blocked from exploring trans issues*, in: *The Guardian*, January 14, 2020.

tive should be approached and implemented by Swiss lawyers and legal scholars. Thus far, much of the discussion concerning feminist legal perspectives in Switzerland, Germany and France has focused on educating students on important debates regarding the historical and social «exclusion and inclusion»<sup>56</sup> of certain legal subjects or classes of persons (eg, women, LGBTQ+ persons) in legal institutions. We are also arguing for the mainstreaming of a feminist legal epistemology. This approach centres decompartmentalising the teaching of law via the aforementioned changes to the hierarchy of legal education and teaching styles; as well as increasing trans-disciplinarity; and transforming legal knowledge through collective, critical reflection grounded in the experiences of marginalised persons.

## 4.2 The Need for a Feminist Standpoint in Legal Discourse in Switzerland

The institutional dimension of the epistemic failure of legal education can be exemplified through the case of the institution of gay marriage in Switzerland. Legislation to allow same-sex marriage was passed on September 2021, following a national referendum. Largely supported by most of the Swiss national parties (apart from the Swiss People's Party, the Evangelical People's Party, the Ticino League and the Federal Democratic Union), the discourse was considerably «first wave»<sup>57</sup> oriented, in that it was articulated using the idealistic and liberal model of formal equality, which aims to put the status of «homosexual» and «heterosexual» on the same level – that is, to grant LGBTQ+ people rights in order to integrate them into pre-existing institutional and traditional regimes, such as marriage. This not only normalises the violent neoliberal assimilation of LGBTQ+ persons at the hands of heteronormative norms under the guise of the extension of «heterosexual rights», but also hides how discrimination and violence against LGBTQ+ people can be addressed in other ways that do not reaffirm forms of exclusionary regulatory and political state power and legal subjectivity.

---

56 BAER SUSANNE, *Inklusion und Exklusion: Perspektiven der Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft*, in: Verein ProFri Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut (ed.), *Recht Richtung Frauen: Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft*, St. Gallen/Lachen 2001, pp. 33 et seqq.

57 The first wave of feminism is a liberal and egalitarian movement that emerged at the beginning of the twentieth century in Europe and the United States, which focuses on the demand for formal equality between men and women; see FROIDEVAUX-METTERIE CAMILLE, *Un corps à soi*, Paris 2021, p. 13. Above all, it aims to reform public and legal institutions, to establish formal equality in and before the law. At present, three or even four chronological waves of feminism have been distinguished as ways to conceptualise feminist political movements or eras. Each wave has given rise to different schools of thought and different claims. However, reducing the feminist movement to chronological waves is a controversial method among historians; see, for example, PAVARD BIBIA/ROCHEFORT FLORENCE/ZANCARINI-FOURNEL MICHELLE, *Ne nous libérez pas, on s'en charge: Une histoire des féminismes de 1789 à nos jours*, Paris 2020, p. 9; DEAN JONATHAN/AUNE KRISTIN, *Feminism Resurgent?*, *Mapping Contemporary Feminist Activisms in Europe*, in: *Social Movement Studies* 2015/14, pp. 375 et seqq., p. 376 et seq. However, it does have the advantage of connecting historical movements to the developments or delay of the achievement of rights for women. Thus, second-wave feminism was built on demands related to sexuality, notably related to the control of women of their own bodies. Third-wave feminism fostered development of and coined concepts such as «gender», «intersectionality» and so on.

Another salient example is a case before the Basel Court of Appeals<sup>58</sup> in which a rape sentence was allegedly reduced because of the victim's unrestrained and provocative behaviour. While criminal procedure is certainly more complex than the media attention on such judgments would suggest, especially in the post-#MeToo era, training on the relationship between gender stereotypes and the law would be beneficial for magistrates and lawyers. Members of the bar, judicial authorities and state services are still insufficiently aware of the ways in which gender and discrimination operate.<sup>59</sup>

It is terrible to be failed by politics, to suffer at the hands of interpreters of the law who have an incomplete view of how inequality shapes our lives in different ways; but it is worse not to be seen or addressed as a potential subject of justice at all. Decision-making authorities in general should not overlook the numerous research studies, from several disciplines, on the effects of gender stereotypes in their judgments. This research may lead to different formulations and decisions by the authorities concerning, for example, sexual or family rights.<sup>60</sup> This is why there is a need for a «radical» change – that is, a change that uproots the current system and starts this transformation at the source of the transmission of legal knowledge. Transforming the system of legal education in Switzerland is a necessary step in redefining the practice of law, as it would expand conceptions of legal subjectivity as well as the function of the law. As such, our goal is to impart upon legal theorists, students, educators and lawyers an obligation to address these epistemic injustices, as well as the social, political and legal implications thereof, by gaining and raising awareness of these issues. Transforming legal institutions – such as the systems of education, legal theory, legal practice and the law itself – that perpetuate oppressive social arrangements is an obligation we share by virtue of our shared goals of creating equity and justice. To enact social change and challenge oppressive social structures and systemic forms of inequity and injustice, this obligation must be taken seriously.

Furthermore, a few theoretical and practical justifications can be given that ground the obligation to adopt a feminist or gender perspective in the law. First, such theoretical justification is found in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,<sup>61</sup> which provides for the fulfilment of positive obligations of states to implement the right to scientific knowledge and inclusive education. Another theoretical justification is that mentioned earlier of the democratic necessity to ensure that every person in society has equal access to knowledge and development, to the best of

---

58 Appellationsgericht Basel SB.2021.9 (AG.2021.589), July 30, 2021.

59 Federal Council (Bundesrat), *Le droit à la protection contre la discrimination*, Report in response to Postulate Naef 12.3543, Bern 2012.

60 See BURGAT SABRINA, *Quelques réflexions sur les stéréotypes de genre en droit des familles*, in: *Droit matrimonial Newsletter 2020*, who criticises the Swiss Federal Court in a family law case (decision of the Swiss Supreme Court 5A\_831/2018 section 6.2) for seeming to simply ignore the extensive research on gender stereotypes and social norms on the roles of women and men, and particularly of mothers and fathers. This research implies that the Federal Supreme Court needs to change its usual formulations and, in particular, its understanding of the concept of the «child's best interests» (*bien de l'enfant/Kindeswohl/bene del figlio*) to include close relationships with male and female figures.

61 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, RS 0.108, entry into force for Switzerland on April 26, 1997.

their ability; and that one's potential to flourish and contribute to society is guaranteed. Finally, practically speaking, this obligation is demanded by the authority and credibility afforded to lawyers in all domains of public life, and by the importance of civil education and its role in helping lawyers become informed citizens.

## 5 Conclusion

There are already promising developments in Switzerland that are exemplified by the growing interest of Swiss legal teachers or scholars in feminist critical interventions.<sup>62</sup> Sadly, however, lawyers, and theorists who articulate a demand for this project of raising awareness and conceptualising transformations are often dismissed. It is argued that we do not understand the realities of working within the existing legal system or that our proposed changes are too utopian.<sup>63</sup> This is another way of saying that our ideology concerning what the law is, should be and does is fundamentally irreconcilable with what currently exists. However, these proposed changes are transformations which are necessary: they address injustices being perpetuated now.

It is this claim which is central to motivating our arguments on why legal education must be transformed. We must educate and train upcoming lawyers and theorists to be able to look for the mechanisms through which the law, as an institution, serves to legitimise certain ways of knowing and delegitimise others; and how this culminates in forms of legal subjectivity. Those who practise law hold tremendous epistemological, social and political power. They go forth into the world and define the limitations of equality; draw borders at which human subjectivity is no longer relevant for collective social and political action; and enact administrative processes that discipline and exercise authority over the way others can live their lives. If they are not given the tools to be made aware of their own positionality and how that impacts on the way that legal knowledge and knowledge of the law are constructed, then their training should be changed. Finally, we also need to actively work against the silencing of students – future practitioners of law – who are differently socially positioned. This would help to create an epistemic community in which theorising about law becomes more inclusive and lawyers do not suffer harmful experiences of alienation, exclusion and discrimination.

---

62 Some faculties of law in Switzerland now offer interdisciplinary courses on gender and the law, as well as clinical legal education.

63 Often, these critiques originate from feminists or sociolegal scholars themselves; see HARRINGTON JOHN/MANJI AMBREENA, *The limits of socio-legal radicalism: social and legal studies and third world scholarship*, in: *Social & Legal Studies* 2017/26, pp. 700 et seqq., p. 706 et seq.; HALLEY JANET, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton 2008, *passim*.

# Prostitution in der Schweiz: eine kritisch-feministische Würdigung der Rechtslage nach Catharine A. MacKinnon

## Das Schwedische Modell als Alternative?

---

Anna Camozzi

*Die Autorin setzt sich im vorliegenden Beitrag mit der Frage auseinander, ob die in der Bundesverfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) noch genügen, um die Legalität der Prostitution in der Schweiz zu rechtfertigen. Als Alternative zum Umgang mit der Prostitution in der Schweiz wird das Schwedische Modell mit einem Verbot von Sexarbeit in Betracht gezogen. Die Autorin erörtert die schweizerische Rechtslage aus dem kritisch-feministischen Standpunkt von Catharine A. MacKinnon, welche sich massgebend an der Entwicklung des Schwedischen Modells beteiligt hat.*

## 1 Einleitung

«Wenn du mit einem Unbekannten schläfst, weil du am Sonntag 400 Franken Miete bezahlen, deinem Kind Geld schicken und Essen kaufen musst, das ist die Hölle. Ich frage mich, warum die Schweizer Regierung so etwas erlaubt.»<sup>1</sup>

Dieses Zitat stammt aus der im Jahr 2020 erschienenen Reportage von ALINE WÜST «Piff, Paff, Puff: Prostitution in der Schweiz». ALINE WÜST, eine Schweizer Journalistin, recherchierte zwei Jahre lang im Rotlichtmilieu und unterhielt sich mit Prostituierten über deren Leben und Erfahrungen im Sexgewerbe.<sup>2</sup>

Trotz den Enthüllungen von ALINE WÜST darf Prostitution in der Schweiz legal ausgeübt werden und wird mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als der «älteste Beruf der Welt» bezeichnet.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Beitrag die Grundrechtskonformität der Prostitution in der Schweiz hinterfragen: Können die in der Bundesverfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die legale Existenz von Prostitution, so wie wir sie in der Schweiz

---

1 WÜST ALINE, Piff, Paff, Puff: Prostitution in der Schweiz, Basel 2020, S. 74.

2 LÖTSCHER GIULIA, Interview mit Aline Wüst: «Ich habe Abend für Abend im Puff verbracht», in: SRF Virus, aktualisiert am 17. August 2020.

3 Eine Verordnung für das älteste Gewerbe, in: NZZ.ch vom 14. Dezember 2012.

kennen, überhaupt noch legitimieren? Als Alternative wird das Schwedische Modell über das Verbot von Sexarbeit (nachfolgend: Schwedisches Modell) in Betracht gezogen, welches Prostitution als Gewalt gegen Frauen anerkennt. Das Schwedische Modell wurde im Jahr 1999 eingeführt. Dessen zugrunde liegende Auffassung war, dass Prostitution ein geschlechterspezifisches Problem ist, demnach Gewalt gegen Frauen darstellt, und dass der Menschenhandel dadurch gefördert wird.<sup>4</sup>

Der vorliegende Beitrag besteht aus sechs Teilen. Einleitend wird die Ausgangslage der Prostitution in der Schweiz analysiert (Kapitel 2), gefolgt von einer Darstellung des Inhalts und der Ziele des Schwedischen Modells aus dem Standpunkt der schwedischen Regierung (Kapitel 3). Anschliessend wird der von CATHARINE A. MACKINNON geprägte kritisch-feministische Diskurs zur Prostitution eingehend erläutert.<sup>5</sup> MACKINNON ist eine US-amerikanische Feministin und Professorin für Rechtswissenschaften, die in den USA Pionierarbeit bei der Entwicklung der Idee leistete, Fälle von sexueller Belästigung als eine Form von Geschlechterdiskriminierung anzuerkennen.<sup>6</sup> In Kapitel 4 soll ferner auf die Rechtslage der Prostitution in der Schweiz, insbesondere auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie auf die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), eingegangen werden. Abschliessend werden die existierenden Rahmenbedingungen in der Schweiz diskutiert und die verfassungsrechtlichen Herausforderungen aufgezeigt, die bei einer Implementierung des Schwedischen Modells zu berücksichtigen wären (Kapitel 5). Der Beitrag endet mit einem Gesamtfazit zur Rechtslage in der Schweiz und zur Notwendigkeit einer Verfassungsänderung (Kapitel 6).

Unter Prostitution und Sexarbeit wird vorliegend «das gelegentliche oder gewerbmässige Anbieten und Preisgeben des eigenen Körpers an beliebige Personen zu deren sexueller Befriedigung gegen eine Vergütung» im Sinne der Botschaft zum schweizerischen Sexualstrafrecht verstanden.<sup>7</sup> Die Verwendung beider Begriffe erfolgt synonym und nicht aufgrund einer wertenden Motivation. Der Fokus liegt zudem explizit auf der weiblichen Prostitution, auch wenn selbstverständlich anerkannt wird, dass Männer sowie transsexuelle Personen ebenfalls Sexarbeit leisten.

---

4 Vgl. Government of Sweden, The Ban against the Purchase of Sexual Services, An Evaluation 1999–2008, in: Swedish Government Report SOU 2010/49, S. 29 ff.; vgl. Lag om förbud mot köp av sexuella tjänster (Svensk författningssamling [SFS] 1998:408).

5 Mit ihrer Ansicht, dass Prostitution auf die Ungleichheit der Geschlechter zurückzuführen ist und Gewalt gegen Frauen darstellt, hat sie das Schwedische Modell bedeutend mitgeprägt. Auch wenn der Diskurs zur Sexarbeit von zahlreichen anderen Feministinnen mitgestaltet wurde, wie zum Beispiel ANDREA DWORKIN, KATHLEEN BARRY, SANDRA HOTZ, ULRIKE LEMBKE, wird vorliegend die Ansicht von MACKINNON schwerpunktmässig behandelt.

6 MACKINNON CATHARINE A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven and London 1979; BELLAFANTE GINIA, *Before #MeToo, There Was Catharine A. MacKinnon and Her Book 'Sexual Harassment of Working Women'*, in: The New York Times vom 19. März 2018.

7 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009, S. 1082 f.

## 2 Die Schweiz in puncto Sexarbeit

Prostitution ist in der Schweiz sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite eine rechtmässige Tätigkeit. M. a. W. darf Prostitution schweizweit legal ausgeübt sowie legal von anderen Personen in Anspruch genommen werden, sofern die nötigen Bewilligungen nach dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)<sup>8</sup> vorliegen.<sup>9</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht die Tätigkeit Prostituiertes unter dem grundrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, was vom Bundesgericht im Jahr 2021 erneut bestätigt wurde.<sup>10</sup> Weiter ist der Verkauf von sexuellen Dienstleistungen Ausdruck des sexuellen Selbstbestimmungsrechts und wird daher auch durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) geschützt.<sup>11</sup>

### 2.1 Ambivalenz der Schweizer Rechtsordnung

Trotz der grundsätzlichen Legalität der Prostitution in der Schweiz galten Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt bis ins Jahr 2021 als sittenwidrig und waren nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig.<sup>12</sup> Infolgedessen blieb Prostituierten das erfolgreiche Einklagen eines nicht bezahlten «Dirnenlohns» verwehrt, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die betroffenen Personen zur Folge hatte.<sup>13</sup>

Das Bundesgericht entschied erst im Jahr 2021, dass Prostitution keine sittenwidrige Tätigkeit mehr darstellt (BGE 147 IV 73).<sup>14</sup> Davor war die Rechtslage insofern zwiespältig, als der Lohn aus der Prostitutionstätigkeit zwar vom sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gedeckt war, vertragsrechtlich aber nicht eingeklagt werden konnte. Ob die rechtlich und gesellschaftlich tief verankerte, jahrzehntelange Ambivalenz «des sittenwidrigen Dirnenlohns» gänzlich beseitigt ist, mag jedoch bezweifelt werden.<sup>15</sup>

8 Z. B. Art. 11 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2006 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration; vgl. auch Art. 117 AIG.

9 BGE 101 Ia 473 E. 2 S. 476; zum Ganzen: SPIESS FLAVIA, Prostitutionsverwaltung: Eine Analyse bestehender öffentlich-rechtlicher Mess- und Lenkungsinstrumente im Kanton Basel-Stadt in Bezug auf ihre Tauglichkeit zur Erreichung prostitutionsspezifischer Ziele und Überlegungen zu alternativen Regulierungsmechanismen, Diss. Basel 2018, S. 24.

10 Siehe zum Ganzen: BGE 147 IV 73; vgl. unten Kapitel 4.2.2.

11 Vgl. BGE 99 Ia 504 E. 3 S. 509.

12 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht); vgl. BGE 129 III 604 E. 5.3 S. 617; vgl. auch BGE 111 II 295 E. 2e S. 301; vgl. weiter BGE 101 Ia 473 E. 2b S. 476.

13 Vgl. HÜRLIMANN BRIGITTE, Prostitution, Ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. Freiburg 2004, S. 29; vgl. REICHLÉ SEBASTIAN/SCHISTER ROMAN, Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?, in: *ex ante* 2017/2, S. 19 ff., S. 22.

14 BGE 147 IV 73 E. 4.2. S. 82 f. und E. 5.2 S. 86. Auf den Entscheid BGE 147 IV 73 des Bundesgerichts wird in Kapitel 4.2.2 eingegangen.

15 Siehe unten Kapitel 4.2.2.

## 2.2 Polarisierter politischer Diskurs in der Schweiz

Der politische Diskurs bezüglich der Handhabung der Prostitution in der Schweiz bleibt polarisiert, wobei grundsätzlich zwei unterschiedliche Positionen vertreten werden. Zum einen wird die Prostitution als Arbeit verstanden, die u. U. selbstbestimmt ausgewählt und ausgeübt werden kann.<sup>16</sup> Zum anderen stellt Prostitution bezahlte sexualisierte Gewalt dar.<sup>17</sup> Letztere Auffassung geht davon aus, dass das Leben der betroffenen Personen meistens seit der Kindheit von Armut und Gewalt geprägt ist und der «Arbeitsalltag» von Prostituierten oftmals durch den Konsum von Alkohol und Drogen bewältigt wird. Entsprechend zeigt eine vertiefte Analyse der Situation von Sexarbeiterinnen auf, dass deren Autonomie bei der Ausübung ihrer Arbeit stark kompromittiert ist.<sup>18</sup> Es handelt sich in beiden Fällen um kritisch-feministische Positionen, welche die weibliche Selbstbestimmung nicht absolut definieren, sondern diese in einem spezifischen Kontext kritisch hinterfragen.<sup>19</sup>

CATHARINE A. MACKINNON versteht die Existenz von Prostitution als eine Form von Gewalt (gegen Frauen), zu der sich die betroffene Person nicht freiwillig entscheidet. Im folgenden Kapitel soll das von MACKINNON geprägte Schwedische Modell für Prostitution dargelegt und sein Ursprung erklärt sowie MACKINNON'S Ansatz zur Prostitution erläutert werden.

## 3 Rechtslage in Schweden

### 3.1 Verankerung des Schwedischen Modells im Sexualstrafrecht

Unter dem Schwedischen Modell versteht man das von Schweden als weltweit erstes Land gewählte Rechtssystem zum Umgang mit der Prostitution in Bezug auf die Kriminalisierung einzig der Nachfrage, d. h. des Kaufs sexueller Dienstleistungen.<sup>20</sup> Das Verbot wurde im Jahr 1999 in Form eines Sexkaufgesetzes eingeführt («Sex Purchase Act»). Es handelte sich zunächst um eine eigenständige strafrechtliche Gesetzesgrundlage. Im Rahmen einer Sexualstrafrechtsreform wurde der bisherige Erlass im Jahre 2005 ausser Kraft gesetzt und stattdessen als Bestimmung in das bestehende Strafgesetzbuch

16 Siehe FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration, Sexarbeit ist Arbeit: Eine FIZ-Bildungsmappe für Schülerinnen und Schüler, Zürich 2019; siehe dazu HOTZ SANDRA/LÜDI MERET, Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt ist nicht sittenwidrig, in: *sui generis* 2021, S. 283 ff., S. 291; vgl. weiter HÜRLIMANN (Fn. 13), S. 8 f., S. 11 und S. 239.

17 Vgl. dazu LE BRETON MARITZA, Sexarbeit als transnationale Zone der Prekarität, Migrierende Sexarbeiterinnen im Spannungsfeld von Gewalterfahrungen und Handlungsoptionen (Diss. Zürich Wiesbaden 2011), S. 237; vgl. weiter WÜST, in: LÖTSCHER GIULIA (Fn. 2).

18 Vgl. Frauenzentrale Zürich, Thema Prostitution: Für eine Schweiz ohne Freier, in: *Bulletin* 2018/1.

19 HOTZ SANDRA, Selbstbestimmung im Vertragsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, Bern 2018, S. 506.

20 Government of Sweden (Fn. 4), S. 29.



integriert.<sup>21</sup> Diese lautet heute wie folgt: «Des Kaufs sexueller Dienstleistungen» macht sich gemäss Kap. 6 Abs. 11 schuldig, wer «gelegentliche sexuelle Beziehungen gegen Entgelt eingeht, [...]».<sup>22</sup>

### 3.2 Inhalt und Ziel des Schwedischen Modells

Im Fokus der langen politischen Debatten, die dem Schwedischen Modell vorausgingen, standen die Themen Geschlecht und Macht. Betont wurde darüber hinaus der Zusammenhang zwischen Prostitution und sozialen Problemen, sozialer Ungleichheit und einer Kommerzialisierung menschlicher Beziehungen.<sup>23</sup>

Ziel des ausser Kraft getretenen Sexkaufgesetzes war die Bekämpfung der Prostitution: Letztere wurde sowohl für die direkt Betroffenen als auch für die Gesellschaft insgesamt als schädlich angesehen.<sup>24</sup> In diesem Sinne wurde das Sexkaufgesetz als Teil einer Regierungsvorlage zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen erlassen.<sup>25</sup>

Konkret besteht das Schwedische Modell in der Kriminalisierung aller am Kauf von Sexdienstleistungen beteiligten Personen, d. h. der Käufer/innen und solcher, die Zuhälterei und Menschenhandel betreiben. Prostituierte sollen hingegen nicht bestraft werden.<sup>26</sup> Mit diesem Modell wird langfristig die Abschaffung der Prostitution beabsichtigt.<sup>27</sup> Begründet wird dieses Ziel u. a. mit der Annahme, dass eine Kausalität zwischen Prostitution und Menschenhandel besteht.<sup>28</sup>

Indem nur diejenigen bestraft werden können, die Prostitutionsdienstleistungen kaufen, nicht hingegen Personen, die sie anbieten, soll erstens das Stigma auf die Käufer/innen verschoben werden.<sup>29</sup> Weiter soll das Schwedische Modell Prostituierte dazu bewegen, das Gewerbe zu verlassen, ohne dabei strafrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen. Finanzielle und andere staatliche Dienstleistungen, wie beispielsweise Berufsausbildungsangebote, sollen ihnen als Unterstützung dienen.<sup>30</sup>

Das Schwedische Strafrecht, einschliesslich des Verbots, sexuelle Dienstleistungen zu kaufen, ist an alle Personen – unabhängig vom Geschlecht – gerichtet.<sup>31</sup> Als Hauptproblem wird aber die deutlich überwiegende männliche Nachfrage nach weiblicher Prosti-

21 Vgl. Lag om ändring i brottsbalken (Svensk författningssamling [SFS] 2005:90); Government of Sweden (Fn. 4), S. 29; CONERY BENJAMIN, Prostitution: The Role of Trafficking and the Swedish Model, in: Cornell International Law Journal Online 2013/1, S. 5 ff., S. 5.

22 6 Kap. 11 Brottsbalk.

23 HOLMSTRÖM CHARLOTTA/SKILBREI MAY-LEN, The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand?, in: Oslo Law Review 2017/4, S. 82 ff., S. 83.

24 HOLMSTRÖM/SKILBREI (Fn. 23), S. 83.

25 HOLMSTRÖM/SKILBREI (Fn. 23), S. 83.

26 Government of Sweden (Fn. 4), S. 29 f.

27 Government of Sweden (Fn. 4), S. 33.

28 EKBERG GUNILLA, The Swedish Law that Prohibits the Purchase of Sexual Services: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings, in: Violence Against Women 2004/10, S. 1187 ff., S. 1189.

29 Vgl. MACKINNON CATHARINE A., Trafficking, Prostitution and Inequality, in: Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review 2011/46, S. 271 ff., S. 32.

30 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1192; vgl. MACKINNON, Trafficking (Fn. 29), S. 5.

31 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1191.

tution verstanden. Basierend auf dieser Annahme hat Schweden die Existenz der Prostitution als eine Verletzung der Geschlechtergleichheit und als Gewalt gegen weibliche Personen identifiziert.<sup>32</sup> Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bei MACKINNON, und zwar im Kontext der Pornografie.<sup>33</sup> Die Rolle der Pornografie sowie der Zusammenhang mit der Geschlechterungleichheit im Rahmen der Prostitution sollen im folgenden Unterkapitel diskutiert werden.

### 3.3 MACKINNONS «Antipornography Law» als Grundlage für das Schwedische Modell

Die Grundauffassung eines von MACKINNON erarbeiteten Entwurfs<sup>34</sup> eines Gesetzes gegen Pornografie, nämlich dass Pornografie sexualisierte Gewalt darstellt, markierte den Anfang des Schwedischen Modells.<sup>35</sup> Im Jahr 1997 publizierte MACKINNON «The Pornography Civil Rights Hearings», eine Sammlung von Opferanhörungen, die als Beweismaterial für die omnipräsente Gewalt innerhalb der Pornoindustrie diente.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang formulierte MACKINNON Vorschläge für lokale Verordnungen in Minneapolis, im US-Bundesstaat Minnesota, die Pornografie als Bürgerrechtsverletzung anerkennen sollten.<sup>37</sup> Diese Verordnungen hatte MACKINNON bereits im Jahr 1990 bei den parlamentarischen Diskussionen zum Thema Pornografie und Prostitution in Schweden präsentiert. Dort ging es ursprünglich darum, die Einstellung gegenüber der Pornografie zu überdenken. Pornografie an sich wurde in Schweden nicht als Gewalt anerkannt.<sup>38</sup> Ziel eines im Rahmen der parlamentarischen Diskussion von MACKINNON vorgeschlagenen Gesetzes war erstens, die Missbrauch begehenden und Schaden verursachenden Akteure und Akteurinnen der Pornoindustrie zu bestrafen. Ferner sollten diese zukünftig vom gleichen Verhalten abgehalten werden. Zweitens ging es darum, Fälle von nicht sichtbarer Gewalt und Verletzungen zu erfassen, d. h. Pornografie im Gesamtkontext als Gewalt anzuerkennen.<sup>39</sup>

Das Gesamtkonstrukt «Prostitution» wird von MACKINNON nach der gleichen, der Pornografie zugrunde liegenden Grundauffassung als Verkörperung von Ungleichheit und Gewalt verstanden; insbesondere weil sich die Beteiligten aufgrund ihres Kontexts meistens unfreiwillig im Sexgewerbe befinden.<sup>40</sup> Inwiefern sich Pornografie und Pro-

---

32 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1192.

33 Siehe Kapitel 3.3.

34 Der Entwurf entstand auch unter Mitarbeit von ANDREA DWORKIN, auf die hier nicht näher eingegangen wird.

35 Vgl. MACKINNON CATHARINE A., *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge 2007, S. 91.

36 Siehe zum Ganzen MACKINNON CATHARINE A./DWORKIN ANDREA, *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge/London 1998.

37 Siehe dazu Appendix: The MACKINNON/DWORKIN Pornography Ordinance, in: William Mitchell *Law Review* 1985/11, S. 119 ff.

38 Siehe dazu MACKINNON (Fn. 35), S. 102.

39 MACKINNON (Fn. 35), S. 94.

40 Siehe unten Kapitel 3.3.1, 3.3.2 und 4.3.2.

stitution als Ausdruck von Ungleichheit und Gewalt äussern, soll in den nächsten zwei Abschnitten näher erläutert werden.

### 3.3.1 Pornografie und Prostitution als Ausdruck von Ungleichheit

MACKINNONs Verständnis von Prostitution basiert auf der Annahme einer durch die Ungleichheit der Geschlechter vorbedingten Gesellschaft, in welcher Männer dominant sind. Phänomene wie die Zwangsprostitution oder der sexuelle Missbrauch von Frauen kommen systematisch und häufig vor und werden zudem kommerzialisiert.<sup>41</sup> Nach diesem Verständnis sind Männer zwar gleichermassen durch die präexistierende Geschlechterungleichheit geprägt wie Frauen, mit dem Unterschied, dass Männer in der Gesellschaft nicht den Frauen untergeordnet sind, Frauen den Männern aber schon.<sup>42</sup> Insbesondere die Pornografie fungiert dabei nach Ansicht MACKINNONs als Abbild der Gesellschaft: Dort konzentrieren sich etliche Formen von Frauenmissbrauch, wie beispielsweise Vergewaltigung und Körperverletzung, die jedoch als «Sex» bezeichnet und legitimiert werden. Durch die Stellung der Frau im Kontext der Pornografie wird m. a. W. die Existenz von sexuellem Missbrauch sowie eine männlich dominierte Hierarchie gefördert und legitimiert, wobei die Ungleichheit zwischen Mann und Frau die treibende Dynamik bleibt.<sup>43</sup> Gewalt äussert sich in der Pornografie in ihrer institutionalisierten und verinnerlichten Form. Es geht also nicht bloss um individuelle Ereignisse, sondern um die kommerzialisierte Ungleichheit als Produkt im Rahmen der Pornografie.<sup>44</sup> Gleiches trifft nach MACKINNON auch auf die Prostitution zu. MACKINNON folgert aus der überproportionalen Vertretung weiblicher Personen in der Prostitution im Verhältnis zur überwiegenden männlichen Nachfrage, dass es sich dabei um ein Problem der Geschlechterungleichheit handelt, was sich – wie bereits oben angetönt – in der aktuellen schwedischen Gesetzgebung widerspiegelt.<sup>45</sup> Wie gleich erläutert wird, verurteilt MACKINNON auch die physische und psychische Gewalt, die in der Natur der Prostitutionsstätigkeit liegt.

### 3.3.2 Prostitution als sexuelle Ausbeutung und physische Gewalt

MACKINNON versteht die Prostitution als die «älteste Unterdrückung» von Frauen,<sup>46</sup> die aufgrund der inhärenten Gewalt einer wiederholten Vergewaltigung gleichgestellt werden kann.<sup>47</sup> Vorlieben, Verpflichtungen, Werte und Politik führen zwar zu unterschied-

41 MACKINNON CATHARINE, *Pornography, Civil Rights and Speech*, in: *Harvard Civil Rights/Liberties Law Review* 20/1985, S. 299 ff., S. 300 f. Die Entstehung feministischer Theorien hat nach Ansicht MACKINNONs ermöglicht, dass diese Missstände klar sichtbar werden.

42 MACKINNON (Fn. 41), S. 300.

43 MACKINNON (Fn. 41), S. 301.

44 Vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 94 f.

45 MACKINNON (Fn. 29), S. 11; vgl. Kapitel 3.2.

46 MACKINNON anerkennt zwar, dass männliche Personen ebenfalls Opfer von Prostitution sein können, fokussiert sich aber auf weibliche Personen als Paradebeispiel für die Missstände in der Prostitution.

47 MACKINNON CATHARINE A., *Prostitution and Civil Rights*, in: *Michigan Journal of Gender & Law* 1993/1, S. 13 ff., S. 13; dazu kritisch LEMBEKE ULRIKE, *Zwischen Würde der Frau, reduziertem Liberalismus und Gleichberechtigung – Feministische Diskurse um die Regulierung von Prostitution/Sexarbeit*,

lichen Einstellungen gegenüber der Prostitution. Massgebender ist jedoch, dass diese anhand bekannter Tatsachen über die Sexindustrie gemessen werden können, welche die Schädlichkeit der Prostitution sichtbar machen.<sup>48</sup> Nach MACKINNON werden Prostituierte demnach regelmässig erniedrigt, unmenschlich behandelt und erleben zudem schwerwiegende psychische Folgen.<sup>49</sup> Ihre physische Integrität und im schlimmsten Fall ihr Recht auf Leben werden tangiert (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV und Art. 2 EMRK). Aus diesem Grund sind die Menschenrechte durch die Existenz der Prostitution von vornherein bedroht.<sup>50</sup> MACKINNON kritisiert in diesem Zusammenhang die Normalisierung und Romantisierung der Prostitution seitens der Befürworter/innen des Konzepts von Prostitution als «Beruf» und somit als Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit, zumal ein Entgelt keineswegs die Autonomie der betroffenen Person garantiert.<sup>51</sup> Das Verständnis von Prostitution als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und der Geschlechtergleichheit entspricht für MACKINNON nachweislich nicht der Realität.<sup>52</sup> Wie oben erläutert, versteht sie die institutionalisierte Ungleichheit der Geschlechter als Ursache der Prostitution, welche trotz den schwerwiegenden Folgen für die Integrität der betroffenen Personen zur Verbreitung des Sexgewerbes geführt hat.<sup>53</sup>

### 3.4 Zwischenfazit

MACKINNONs radikale Sicht auf die Pornografie war massgebend für die Entwicklung des Schwedischen Modells. Letzteres basiert auf der gleichen Grundidee und verfolgt die gleichen Ziele, nämlich das Erzielen eines abschreckenden Effekts sowie die Einführung eines weitreichenden Gewaltkonzepts. Unter anderem geprägt durch ihre eigenen Erfahrungen als Anwältin, verurteilt MACKINNON die Pornografie als Kommerzialisierung des Frauenmissbrauchs und Sexualisierung der männlichen Hierarchie. Zusammenfassend ist auch die Prostitution nicht nur eine von Gewalt geprägte Tätigkeit. Die Existenz von Prostitution ist Ausdruck einer vorwiegend gegen Frauen gerichteten Unterdrückung, die tief in der Gesellschaft verankert ist, wie am Beispiel der Pornografie aufgezeigt wurde. Unter diesen Prämissen sind MACKINNONs Schlussfolgerung nach-

---

in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermes-*  
*sen*, Baden-Baden 2018, S. 275 ff., S. 293 f.

48 MACKINNON (Fn. 29), S. 274 und S. 276; siehe dazu WÜST (Fn. 1).

49 Zum Ganzen siehe LEIDHOLDT DORCHEN, *Prostitution: A Violation of Women's Human Rights*, in: *Cardozo Women's Law Journal* 1993/1, S. 133 ff.; FARLEY MELISSA et al., *Prostitution in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder*, in: *Journal of Trauma Practice* 2/2004, S. 33 ff., S. 60 f.

50 MACKINNON (Fn. 47), S. 13 ff.

51 Siehe dazu MACKINNON (Fn. 29), S. 272: «When prostitution is termed "sex work", it is usually understood as the oldest profession, a cultural universal, consensual because paid, stigmatized because illegal, a job like any other denied that recognition, love in public, a form of sexual liberation».

52 Vgl. MACKINNON (Fn. 29) S. 2 f. und S. 6; vgl. auch REANDA LAURA, *Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action*, in: *Human Rights Quarterly* 1991/13, S. 202 ff., S. 204.

53 MACKINNON (Fn. 29), S. 3; vgl. REANDA LAURA (Fn. 52), S. 227 f.

vollziehbar, dass die Gleichberechtigung von Frauen in Fällen von Prostitution durch die stark eingeschränkte Selbstbestimmung der Betroffenen verunmöglicht wird.

## 4 Braucht die Schweiz das Schwedische Modell?

Nachfolgend soll erläutert werden, warum das Schwedische Modell als Alternative für die Rechtslage der Prostitution in der Schweiz in Betracht gezogen werden muss. Es soll eine Übersicht über die Situation im schweizerischen Sexgewerbe geschaffen werden, insbesondere was die verfügbaren Daten zum Menschenhandel und zu weiteren Delikten in Zusammenhang mit der Prostitution betrifft.

Weiter soll der Umgang mit der Prostitution in den Kontext der dazugehörigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen gesetzt und aus dem Standpunkt von MACKINNON kritisch hinterfragt werden.

### 4.1 Prostitution und Menschenhandel: Zahlen und Fakten

#### 4.1.1 Offizielle Datenbanken

Im Jahr 2021 erfasste die Polizeiliche Kriminalstatistik der Schweiz (PKS) 71 Fälle von Menschenhandel, d. h. 6 Prozent mehr als im Vorjahr.<sup>54</sup> Erwähnenswert erscheint, dass es nur bei einem Bruchteil davon tatsächlich zu einer Verurteilung gekommen ist. Die jüngste Opferhilfestatistik (OHS) erfasste für das Jahr 2020 viel höhere Zahlen, nämlich 254 in der Kategorie Menschenhandel und 116 in der Kategorie Förderung der Prostitution.<sup>55</sup> Weiter fällt auf, dass die Zahlen aus der PKS tiefer als in den Vorjahren sind, während jene der OHS stets gestiegen sind. Diese Entwicklung sowie die Diskrepanz zwischen der PKS und der OHS stellen einen Indikator für die existierenden Missstände innerhalb des schweizerischen Sexgewerbes dar. Zudem unterstreicht diese Diskrepanz die Existenz einer Dunkelzifferproblematik.

#### 4.1.2 Angaben der Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration

In der Schweiz sind Frauen nach Angaben der Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration (FIZ) ebenfalls am meisten von Ausbeutungssituationen im Sexgewerbe betroffen. Bei der FIZ handelt es sich um einen gemeinnützigen Verein, der sich für die Rechte von Migrantinnen und Migranten in Gewaltsituationen einsetzt, beispielsweise durch Opferberatungsdienstleistungen. In den vergangenen drei Jahren wurde eine starke Zunahme der Opferberatungen verzeichnet, wobei im Jahr 2020 ein Rekordwert von 303 Fällen von Menschenhandel und Zwangsarbeit erreicht wurde. Bei fast 60 Prozent dieser Fälle handelte es sich um Menschenhandel im Sexgewerbe. Generell waren nach Angaben der FIZ Frauen deutlich stärker betroffen als Männer und Transsexuelle.<sup>56</sup> Diese

54 Bundesamt für Statistik (BFS), Polizeiliche Kriminalstatistik 2021 (PKS), Neuchâtel 2022, S. 5 ff., S. 9 und S. 62.

55 Bundesamt für Statistik (BFS), Opferhilfestatistik 2020 (OHS), Entschädigungs-, Genugtuungs- und Beratungsfälle für Menschenhandel und/oder Prostitution.

56 FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration, Jahresbericht 2020, S. 2 ff., S. 6 f.

Informationen sind von grosser Bedeutung, zumal offizielle Statistiken, wie bereits aufgezeigt, bei Weitem nicht alle Fälle erfassen.<sup>57</sup> Es besteht beispielsweise eine Lücke in Bezug auf Drittstaatsangehörige, insbesondere Personen aus Nigeria, die unter den Opfern von Menschenhandel im Kanton Zürich stark vertreten sind, aber nicht oder nur schwer als solche identifiziert werden.<sup>58</sup>

### 4.1.3 Zwischenfazit

Die von der FIZ zur Verfügung gestellten sowie in den offiziellen Datenbanken vorhandenen Informationen zeigen eindeutig, dass der Menschenhandel in der Schweiz eine reale Problematik im Sexgewerbe darstellt und dass weibliche Personen am häufigsten davon betroffen sind. Die Diskrepanzen zwischen der PKS und anderen Daten, beispielsweise aus der OHS sowie von der FIZ, deuten auf eine beträchtliche Dunkelziffer hin. Dies muss kritisch hinterfragt werden, da das Sammeln von Daten bzw. eine gute Datenlage bezüglich der Missstände ebenfalls zu den programmatischen Pflichten des Staates zur Realisierung der Grundrechte gehört.<sup>59</sup>

Die Tatsache, dass vorwiegend Frauen von der Prostitution und den zusammenhängenden Delikten betroffen sind, steht wiederum im Konflikt mit der UNO-Frauenrechtskonvention, welche die Schweiz verpflichtet, jede Form von Diskriminierung der Frau zu beseitigen.<sup>60</sup> Als Frauendiskriminierung, die mit allen Mitteln abgeschafft werden muss, gelten nach der UNO-Frauenrechtskonvention beispielsweise der Frauenhandel und die Ausbeutung der Prostitution.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund soll die legale Existenz der Prostitution in der Schweiz aus einem grundrechtlichen Standpunkt hinterfragt werden.

## 4.2 Die Prostitution im Lichte der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV

Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 Abs. 1 BV garantiert und umfasst das Recht auf freie Berufswahl und -ausübung sowie die Vertragsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV).<sup>62</sup> Das Bundesgericht erkennt einen menschenrechtlichen Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit.<sup>63</sup>

---

57 Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates vom 5. Juni 2015, S. 1 ff., S. 66.

58 FIZ Jahresbericht 2020 (Fn. 56), S. 7.

59 Siehe dazu KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, in: ZSR 138/2019, S. 4 ff., S. 65 und 67 f. zur Schaffung einer Datenlage als Teil der programmatischen Pflicht des Staates im Kontext des Rechts auf Justizzugang.

60 MACKINNON (Fn. 29), S. 11; UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (UNO-Frauenrechtskonvention).

61 Art. 6 UNO-Frauenrechtskonvention.

62 BGE 130 I 26 E. 4.3.1 S. 33 f.

63 BGE 122 I 130 E. 3 bb. S. 137; vgl. UHLMANN FELIX, in: Waldmann Bernhard/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 81 zu Art. 27 BV: Soweit ersichtlich existiert aber kein Pendant zu Art. 27 BV auf der Stufe der internationalen Menschenrechtsverträge. UNO-Pakt I anerkennt jedoch das Recht jedes Individuums, seine Arbeit frei zu wählen; siehe Art. 6 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I).

#### 4.2.1 Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit

Der persönliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit umfasst natürliche und juristische Personen schweizerischer und ausländischer Herkunft.<sup>64</sup> Materiell beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit jeglichen wirtschaftlichen Austausch zwischen Privaten, einschliesslich aller damit verbundener Aktivitäten.<sup>65</sup> Als weiteres zentrales Element ist die Vertragsfreiheit in der Wirtschaftsfreiheit miteingeschlossen.<sup>66</sup> Ohne Vertragsfreiheit wäre die Wirtschaftsfreiheit nicht umsetzbar.<sup>67</sup> Diese umfasst unter anderem das Recht, den Vertragsinhalt mit beliebigen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern frei festzulegen, wobei grundsätzlich die gleiche Verhandlungsstärke vorausgesetzt wird. M. a. W. müssen sich beide Vertragspartner/innen in einer Position befinden, die zu einem relativ gerechten Ergebnis führt.<sup>68</sup>

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 bis Abs. 4 BV erlaubt, d. h., sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, im öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Insbesondere dürfen schwere Eingriffe den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht berühren, was u. U. im Falle eines Berufsverbots oder anderer Massnahmen zutreffen würde, die eine Aushöhlung der Vertragsfreiheit zur Folge hätten. Die Limitation dieser Einschränkungen entspricht dem in der Schweiz vorherrschenden liberalen Wirtschaftssystem.<sup>69</sup> Im Sinne der Vertragsfreiheit sind Personen in der Schweiz deswegen frei, den Austausch sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt mit beliebigen Personen zum Gegenstand eines Vertrags zu erklären.<sup>70</sup>

Das Bundesgericht hat bereits in mehreren Fällen bestätigt, dass das Ausüben der Prostitution, einschliesslich der Strassenprostitution, sowie das Betreiben entsprechender Einrichtungen unter das Recht der Wirtschaftsfreiheit fallen.<sup>71</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Prostitution als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit, haupt- oder nebenberuflich, dauerhaft oder bloss gelegentlich ausgeübt wird.<sup>72</sup>

Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt, sogenannte Prostitutionsverträge, werden auf Bundesebene nicht explizit geregelt.<sup>73</sup> Dementsprechend wer-

64 UHLMANN (Fn. 63), N 29 zu Art. 27 BV: Ob ausländische Personen in der Schweiz wirtschaftlich tätig sein dürfen, bestimmen das nationale und/oder das internationale Recht. Diese Thematik wird vorliegend ausgeklammert; vgl. Fn. 8.

65 UHLMANN (Fn. 63), N 29 zu Art. 27 BV.

66 BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41; vgl. auch BGE 129 III 276 E. 3.1. S. 281 f.

67 VALLENDER KLAUS A./LEHNE JENS/HETTICH PETER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Aufl., Bern 2007, Rz. 58 zu § 5.

68 VALLENDER ET AL. (Fn. 67), Rz. 59 zu § 5; vgl. auch SULZER STEFAN, *Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 10.

69 VALLENDER KLAUS A., in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich 2014, N 57 zu Art. 27 BV.

70 HEINZL KATHRIN, *Prostitution im Schweizer Strafrecht, Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern*, Diss. Zürich 2016, S. 80; vgl. BOREL MARC-ANTOINE, *La prostitution et le droit pénal Suisse*, Diss. Lausanne 2007, S. 57.

71 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 44 f. zu § 31; vgl. BGE 101 Ia 473 E. 5b S. 480 f.; vgl. BGE 109 Ia 116 E. 4b S. 121 f.

72 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 71), Rz. 28 zu § 31; vgl. BGE 109 Ia 116 E. 4b S. 121 f.

73 HOTZ (Fn. 19), S. 273.

den die allgemeinen und besonderen Bestimmungen des Schweizer Obligationenrechts analog angewandt. Konkret heisst das im Falle der Prostitution, dass die Bestimmungen über den Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR massgebend sind.<sup>74</sup> Die beauftragte Person ist verpflichtet, die übernommenen Dienste vertragsgemäss zu besorgen.<sup>75</sup> In diesem Zusammenhang soll insbesondere der jüngste Bundesgerichtsentscheid (BGE 147 IV 73) näher betrachtet werden.

#### 4.2.2 Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 147 IV 73

Dem neusten Bundesgerichtsentscheid BGE 147 IV 73, welcher im Jahr 2021 publiziert wurde und welcher eine Praxisänderung bezüglich der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages zur Folge hatte, lagen folgende Erwägungen zugrunde:

Der Beschwerdeführer, ein Student, hatte einer Sexarbeiterin ein Entgelt für das Erbringen bestimmter sexueller Dienstleistungen zugesichert, welches er aber nie bezahlte. Im Verlauf des Prozesses begründete er die Nichtzahlung damit, dass der Vertrag zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin infolge Sittenwidrigkeit nichtig und somit inexistent sei. Das Bundesgericht schloss sich der Meinung der Vorinstanz und bestimmter Teile der Lehre an, dass Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt aufgrund des Wandels gesellschaftlicher Wertvorstellungen nicht mehr per se als sittenwidrig anzusehen seien.<sup>76</sup> Die Lausanner Richter/innen betonten die Notwendigkeit einer widerspruchsfreien Rechtsordnung.<sup>77</sup> Es sei, so das Bundesgericht, grundsätzlich davon auszugehen, dass «das Erwerbseinkommen einer sich prostituierenden Person als rechtmässig anerkannt ist [...] und dass es sich bei der Prostitution, [...], um eine sozialübliche und zulässige Tätigkeit handelt».<sup>78</sup> Das Bundesgericht bestätigte somit das Vorliegen eines gültigen Vertrages und folglich die Pflicht zur Bezahlung der getätigten Leistung.

#### 4.2.3 Kritik an der liberalen Haltung gegenüber der Prostitution des Bundesgerichts

Zu begrüssen ist, dass dieser Entscheid den Betrugsschutz stärkt und sich Prostituierte damit nicht vor der Rechtsunsicherheit fürchten müssen, welche aus der Perspektive der geltenden Rechtsordnung widersprüchlich wäre: Die Ausübung der Prostitution steht ja schon lange unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Aus Sicht der Datenlage sowie MACKINNONs Gesellschaftskritik ist jedoch zu bemängeln, dass sich das Bundesgericht nicht mit den tiefgründigeren negativen Seiten der Prostitution auseinandergesetzt hat; jene, die über Fragen der Sittenwidrigkeit und Entgeltlichkeit des Vertrages hinaus existieren.<sup>79</sup> MACKINNON vertritt die Auffassung, dass Menschen einander in der Regel nicht

74 HOTZ (Fn. 19), S. 273.

75 FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Art. 394–406 OR, Der einfache Auftrag, Bern 1992, N 8 zu Art. 394 OR.

76 BGE 147 IV 73 E. 5.1 f. S. 85 f.

77 BGE 147 IV 73 E. 5.1 f. S. 85 f.

78 BGE 147 IV 73 E. 7.2 S. 89 ff.

79 Siehe Kapitel 3.3 und 4.1.



bezahlen, wenn sie sexuelle Interaktionen wünschen.<sup>80</sup> Wie sie betont, ist Armut bei Prostituierten in der Regel die Ausgangslage, sodass sie sich oft aus einer Überlebensnotwendigkeit heraus prostituieren. Die Annahme eines Entgelts garantiert keineswegs ihre Einwilligung, sondern verursacht Druck, sodass vergüteter Sex im Ergebnis regelmässig unfreiwillig erfolgt.<sup>81</sup> Das Bundesgericht hat diese Problematik aber nicht thematisiert.

### 4.3 Prostitution als Ausdruck der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV

Jeder Mensch hat gemäss Art. 10 Abs. 2 BV das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

#### 4.3.1 Schutzbereich der persönlichen Freiheit

Auf die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) können sich alle natürlichen Personen berufen.<sup>82</sup> Nebst der körperlichen und geistigen Integrität und der Bewegungsfreiheit umfasst sie sachlich auch das Selbstbestimmungsrecht.<sup>83</sup> Zu den weiteren Teilrechten gehören etwa die freie Berufswahl und die sexuelle Selbstbestimmung, aufgrund welcher jede Person frei ist, sich zu prostituieren.<sup>84</sup> Dadurch werden zugleich unterschiedliche völkerrechtliche Ansprüche aus der EMRK und dem UNO-Pakt II verwirklicht, beispielsweise Ansprüche aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 4 EMRK sowie Art. 6 Abs. 1, Art. 7, Art. 8 und Art. 9 Abs. 1 UNO-Pakt II.<sup>85</sup> Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht hat auch Eingang in das schweizerische Sexualstrafrecht gefunden, welches seit der Revision auf dem Primat der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit basiert. M. a. W. wurde die Prostitution legalisiert und nicht mehr strafrechtlich verboten.<sup>86</sup>

#### 4.3.2 MACKINNON'S VERSTÄNDNIS VON SELBSTBESTIMMUNG IM KONTEXT SOZIALER BENACHEILIGUNG

MACKINNON betont, dass marginalisierten Personengruppen in der Gesellschaft von vornherein «Wahlmöglichkeiten verwehrt, Optionen eingeschränkt und Möglichkeiten verweigert werden». Bei diesen Personengruppen handelt es sich nach MACKINNON meistens um Menschen, die sich in Armut befinden, zu einer bestimmten Ethnie oder einer anderen benachteiligten sozialen Gruppe zählen, insbesondere weil sie in diese Umstände wahllos «hineingeboren» wurden.<sup>87</sup> Sich zu prostituieren, stellt folglich für viele dieser Personen die einzig noch zur Verfügung stehende Möglichkeit dar, um ihren

80 MACKINNON (Fn. 35), S. 11; siehe dazu auch HOTZ (Fn. 19), S. 261.

81 MACKINNON (Fn. 29): MACKINNON verwendet den Begriff «Überlebenssex», d. h. Sex, welcher durch die «Notwendigkeit zu überleben» einer Partei erzwungen wird.

82 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 8 und 13 zu § 12.

83 BGE 123 I 112 E. 4a S. 118 ff.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 8 zu § 12.

84 HOTZ (Fn. 19), S. 128 f.

85 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 3 zu § 12.

86 HOTZ (Fn. 19), S. 115 f.

87 MACKINNON (Fn. 29), S. 7; siehe auch Kapitel 4.1.

Lebensunterhalt zu decken.<sup>88</sup> Bestätigt wird dies durch die Tatsache, dass diese Personengruppen, namentlich Frauen, im Prostitutionsgewerbe überproportional vertreten sind.<sup>89</sup> Wenn die Wahlfreiheit aufgrund des sozialen Kontexts eingeschränkt ist oder gänzlich fehlt, dann stellt das Anbieten sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt nach MACKINNON *de facto* keine freie Wahl dar.<sup>90</sup> Demnach kann Sex i. d. R. keinen bewusst gewählten und gewollten Akt darstellen, wenn eine Person auf den für die Dienstleistung versprochenen Lohn angewiesen ist, um den Lebensbedarf zu decken.<sup>91</sup> Dieser Argumentation folgend ist die Selbstbestimmung von Prostituierten in der Schweiz faktisch kaum vorhanden. Dies zeigen die Zahlen in Zusammenhang mit dem Menschenhandel, insbesondere die Opferberatungsdaten. Bei Letzteren ist ersichtlich, dass ausländische weibliche Personen die meistbetroffene Gruppe darstellen.<sup>92</sup>

### 4.3.3 Bundesgerichtliche Anerkennung der eingeschränkten Selbstbestimmung im Kontext der Prostitution

Das ökonomische Gefälle zwischen der sich prostituierenden und der erwerbenden Person ist wie bereits aufgezeigt auch im schweizerischen Sexgewerbe allgegenwärtig und ein entscheidendes Element in der Beurteilung des Selbstbestimmungsgrads.<sup>93</sup> Dies geht auch aus einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2002 hervor. In diesem befassten sich die Lausanner Richter/innen mit der Erfüllung des Tatbestands des Menschenhandels, dem damit verbundenen Begriff der wirksamen Einwilligung in die Prostitution und schliesslich mit den staatlichen Verpflichtungen aus dem Internationalen Abkommen über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen.<sup>94</sup> Gegenstand der Beschwerde war ein Fall von Menschenhandel mit Prostituierten, die in verschiedenen Lokalen im Kanton Tessin tätig waren. Das Bundesgericht verneinte die Freiwilligkeit allgemein in jenen Fällen der Prostitution, in welchen die Sexarbeit aufgrund einer wirtschaftlichen Bedrängnis, von Armut und schlechten sozialen Verhältnissen ausgeübt wird.<sup>95</sup> Diese Umstände trafen auf die betroffenen Prostituierten im Kanton Tessin zu, deren Situation von den Lokalbetreibern ausgenützt wurde.<sup>96</sup>

Aus dieser Argumentation sowie aus der oben beschriebenen Faktenlage kann gefolgert werden, dass Zwangssituationen im schweizerischen Prostitutionsgewerbe viel häufiger bejaht werden müssten, wenn die erläuterten Umstände der betroffenen Sexarbeiterinnen häufiger miteinbezogen würden.

88 MACKINNON (Fn. 29), S. 4; vgl. auch HOTZ (Fn. 19), S. 531.

89 MACKINNON (Fn. 29), S. 7; vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 98.

90 MACKINNON (Fn. 29), S. 4.

91 MACKINNON (Fn. 29), S. 11.

92 Siehe oben Kapitel 4.1; vgl. auch LE BRETON MARITZA (Fn. 17), S. 237.

93 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 530.

94 Vgl. zum Ganzen BGE 128 IV 117; Internationales Abkommen vom 11. Oktober 1933 über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen.

95 BGE 128 IV 117 E. 5a S. 127 f.

96 BGE 128 IV 117 E. 5a und c S. 127 f.; vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 57), S. 14.

#### 4.4 Schlussfolgerungen über die Wirtschaftsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht im Prostitutionsgewerbe

Vor dem Hintergrund der Datenlage in Bezug auf Frauen in Zwangs- und Menschenhandelssituationen in der Schweiz muss das geltende Recht in Bezug auf den Umgang mit Prostitution ernsthaft hinterfragt werden.<sup>97</sup> Unter Anwendung der eben erläuterten Kriterien des Bundesgerichts (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse) könnten sich eine Vielzahl von Personen, die als freiwillige Prostituierte gelten, in Realität in einer Zwangs- oder Menschenhandelssituation befinden.<sup>98</sup> Ob die geltende Rechtslage zur Prostitution in der Schweiz mit der verfassungs- und strafrechtlich geschützten sexuellen Autonomie vereinbart werden kann, ist aus diesem Grund anzuzweifeln.<sup>99</sup> Auch wenn der Datenmangel in Bezug auf die Prostitution in der Schweiz problematisch bleibt, sind die verfügbaren Informationen, inklusive journalistischer Enthüllungen, ein starkes Indiz für die fehlende Selbstbestimmung von Sexarbeiterinnen, obwohl gerade diese Selbstbestimmung unter Art. 10 Abs. 2 BV garantiert wird.<sup>100</sup> Prostituierte werden nicht zuletzt aufgrund des ökonomischen Gefälles zwischen ihnen und den vorwiegend männlichen Kunden in eine vulnerable Position gedrängt.<sup>101</sup> Der jüngste Bundesgerichtsentscheid (BGE 147 IV 73) hat dies m. E. ebenfalls bestätigt, indem das Gericht anerkannt hat, dass die Frau Opfer eines betrügerischen Studenten geworden ist.<sup>102</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht stellt sich somit die Frage, ob die Freiwilligkeit in Bezug auf die Prostitution unter diesen Umständen überhaupt gegeben sein kann.<sup>103</sup> Es kann kaum von Wirtschaftsfreiheit und in der Folge von Selbstbestimmung der sich prostituierenden Personen die Rede sein, wenn man den problematischen Kontext des Sexgewerbes in der Schweiz in Betracht zieht.<sup>104</sup> Darüber hinaus anerkennt auch der Bundesrat in einem Bericht über Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, dass Sexarbeit aufgrund der extrem grossen Gefahr eines Abhängigkeitsverhältnisses kein «gewöhnlicher» Beruf ist.<sup>105</sup>

Das Konzept der Selbstbestimmung gemäss Art. 10 Abs. 2 BV muss vor dem Hintergrund des Kontexts der sich prostituierenden Person betrachtet werden.<sup>106</sup> Der Staat muss alle möglichen Vorkehrungen treffen, um die sexuelle Selbstbestimmung so weit zu garantieren, dass Zwang und Gewalt eine Restwahrscheinlichkeit darstellen.<sup>107</sup> Das reine Marktdenken vermag den Prostitutionsverträgen zudem nicht gerecht zu werden,

---

97 Siehe Kapitel 4.1.

98 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 530; vgl. Kapitel 4.1.

99 HOTZ (Fn. 19), S. 118.

100 Siehe zum Ganzen WÜST (Fn. 1).

101 Siehe Kapitel 4.2.2.

102 Siehe Kapitel 4.2.2.

103 Siehe Kapitel 4.1 und 4.3.

104 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 529 ff.

105 Bericht Bundesrat (Fn. 57), S. 98.

106 Vgl. MACKINNON (Fn. 29), S. 4; vgl. auch HOTZ (Fn. 19), S. 531.

107 Vgl. HOTZ/LÜDI (Fn. 16), S. 291.

da sie die Intim- und Privatsphäre einer Person betreffen und die höchstpersönlichen Rechte umfassen können.<sup>108</sup>

#### 4.5 Menschenrechtliche Verpflichtung zur Datenerhebung

Der Zwang zur Prostitution in der Schweiz kann sich wie aufgezeigt aus dem Menschenhandel oder bestimmten anderen Abhängigkeitsverhältnissen (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse) ergeben. Aus den erhobenen nationalen Daten wird dies nur teilweise sichtbar.<sup>109</sup> Entsprechend sind im Rahmen der Prostitutionsstätigkeit verschiedene Grund- und Menschenrechte tangiert, wie etwa das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 Abs. 1 EMRK), der Schutz der physischen und psychischen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und weiter das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK).<sup>110</sup> Aus diesen ergibt sich auch eine menschenrechtliche Verpflichtung, Daten in Bezug auf die Zwangssituation, die durch Prostitution entsteht, zu erheben.<sup>111</sup> Aufgrund der Natur des Menschenhandels bleibt die Schaffung einer vollständig transparenten Datenlage bezüglich dieses Verbrechens zwar ein Ideal. Nichtsdestotrotz müssen aus menschenrechtlicher Sicht alle staatlichen Ressourcen eingesetzt werden, um die Datenerfassungsprozesse und -methoden zu verbessern. Diese Aufgabe darf nicht nur Journalistinnen und Journalisten wie ALINE WÜST und gemeinnützigen Vereinen wie dem FIZ überlassen werden.<sup>112</sup>

Wünschenswert wäre beispielsweise ein vertiefter Informationsaustausch zwischen dem Staat und den Personen im Prostitutionsgewerbe, um die Notwendigkeit einer Sichtweise wie MACKINNONs belegen zu können. Im Ergebnis könnte dies zu einer Neuausrichtung der Schweizer Rechtsordnung führen, die auf der vorliegend diskutierten kritisch-feministischen Sichtweise von MACKINNON basiert. Es handelt sich nicht nur um eine politische Debatte, sondern auch um eine menschenrechtliche, die nach neuen und grundlegenden Lösungen verlangt, um die Integrität, Sicherheit und Gleichheit jeder Person in der Schweiz zu gewährleisten – einschliesslich jener, die sich aktuell im Prostitutionsgewerbe befinden.<sup>113</sup>

### 5 Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz

Die existierenden rechtlichen und föderalistischen Rahmenbedingungen in der Schweiz spielen eine grosse Rolle bei der Frage, ob und wie das Schwedische Modell praktisch und theoretisch umgesetzt werden könnte. Im Gegensatz zur Schweiz ist Schweden ein Zentralstaat.<sup>114</sup> Der einzige Gesetzgeber in Schweden ist das nationale Parlament, welches für die Vertretung des Volkes zuständig ist. Nimmt das Parlament ein Gesetz an, wird es

108 HOTZ (Fn. 19), S. 58, S. 533.

109 Siehe dazu Kapitel 4.1.

110 Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 4 EMRK.

111 Vgl. KIENER (Fn. 59), S. 67.

112 KIENER (Fn. 59), S. 67.

113 Vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 103.

114 Art. 6 schwedische Verfassung.

durch die Regierung formell erlassen und in der schwedischen Gesetzessammlung veröffentlicht.<sup>115</sup> Wie nachfolgend dargelegt wird, zeigen sich hier bereits Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem schwedischen System, die in Bezug auf eine Einführung des Schwedischen Modells umsetzungstechnisch eine Schwierigkeit darstellen könnten.

## 5.1 Einführung des Schwedischen Modells mittels kantonalen Gesetze

In der Schweiz zeichnet sich die Regelungskompetenz im Bereich der Prostitution durch den föderalistischen Grundsatz der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen gemäss Art. 42 und Art. 43 BV in Verbindung mit Art. 3 BV aus.<sup>116</sup> Im Sinne der Subsidiarität fällt die Reglementierung von Ort, Zeit und Art der Ausübung in Bezug auf die Prostitution gemäss Art. 199 StGB in die kantonale Zuständigkeit.<sup>117</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bildet das übergeordnete nationale Recht jedoch selbst eine Schranke kantonalen Normierungen. Im Prostitutionskontext stellen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV sowie das in Art. 10 Abs. 2 BV enthaltene Selbstbestimmungsrecht übergeordnetes Recht dar; kantonale Verbote und weitgehendste Einschränkungen der Prostitution wären somit verfassungswidrig.<sup>118</sup> Infolgedessen fällt die kantonale Option als Mittel zur Einführung des Schwedischen Modells ausser Betracht. Es wäre allerdings denkbar, als Zwischenlösung strengere kantonale Regulierungen wie beispielsweise zwingende Vertragsregeln und Formvorschriften einzuführen.<sup>119</sup>

## 5.2 Indirektes Prostitutionsverbot mittels Grundrechtseinschränkung

Ebenfalls denkbar wäre es, die Prostitution basierend auf Art. 36 BV stark einzuschränken. Aufgrund der Wirtschaftsfreiheit müsste allerdings Art. 94 BV, insbesondere Art. 94 Abs. 4 BV beachtet werden, wonach grundsatzwidrige Eingriffe einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundlage bedürfen.<sup>120</sup> Ansonsten dürfen sowohl die Wirtschaftsfreiheit als auch die persönliche Freiheit eingeschränkt werden, sofern im Einklang mit Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit gegeben sind und der Kerngehalt gewahrt wird.<sup>121</sup> Im Kanton Genf galt ein Verbot der Prostitution tagsüber jedoch als unzulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit.<sup>122</sup> Nach dem Gesagten erscheint es schwierig, eine Kriminalisierung der Nachfrage «unter dem Deckmantel» einer Einschränkung einzuführen.

115 Government Offices of Sweden, The Swedish Model of Government Administration.

116 BIAGGINI (Fn. 63), N 1 zu Art. 43 BV.

117 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB); siehe dazu kritisch zur Stellung dieser Bestimmung im StGB BERNHARD ISENHARDT/MARTIN A. KESSLER, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019, N 3a zu Art. 199 StGB; vgl. BIAGGINI (Fn. 63), N 21 zu Art. 5a BV.

118 BGE 138 I 410; vgl. zum Ganzen BGE 137 I 167.

119 Vgl. HOTZ (Fn. 19), S. 544.

120 KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 71), Rz. 3 zu § 31; UHLMANN (Fn. 63), N 38 zu Art. 27 BV.

121 BGE 116 Ia 420 E. 2 S. 422.

122 Siehe dazu BGE 101 Ia 473.

### 5.3 Einführung eines Bundesgesetzes oder Verfassungsänderung

Auf Bundesebene finden die obligationenrechtlichen Bestimmungen im Bereich der Prostitution Anwendung.<sup>123</sup> Gemäss Art. 95 Abs. 1 BV kann der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen. Somit könnte der Bund die Prostitution mittels eines Bundesgesetzes regeln, da es sich um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handelt.<sup>124</sup> Diese Kompetenz hat der Bund aber nicht wahrgenommen.<sup>125</sup> Die Normenhierarchie gilt auch für den Bund, sodass er ein der Verfassung widersprechendes Gesetz grundsätzlich nicht erlassen darf.<sup>126</sup>

Die einzige verbleibende Lösung zur Einführung des Schwedischen Modells wäre eine Teilrevision der Bundesverfassung im Sinne von Art. 194 BV, die von der Bundesversammlung beschlossen oder vom Volk verlangt werden müsste.<sup>127</sup> Im Gegensatz zu Schweden, wo das Parlament das Sexkaufgesetz aufgrund seiner Kompetenz landesweit eingeführt hat, müsste eine solche Vorlage in der Schweiz der ganzen Bevölkerung zur Abstimmung vorgelegt werden.<sup>128</sup>

### 5.4 Fazit über die Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz

Aufgrund der existierenden föderalistischen und rechtlichen Rahmenbedingungen bereitet die Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz von vornherein Schwierigkeiten. Zu dessen Einführung eignen sich weder die kantonale Gesetzgebung noch weitgehende Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit oder der persönlichen Freiheit. Erforderlich wäre vielmehr eine Teilrevision der Bundesverfassung, beispielsweise ein ausdrücklicher Ausschluss der Prostitution aus der Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV.

## 6 Fazit

Obwohl Prostitution in der Schweiz legal ausgeübt werden kann und grundrechtlich geschützt wird, zeigt die Lage von Prostituierten hierzulande, dass ihre Grundrechte durch die Tätigkeit selbst beeinträchtigt sind. Der Menschenhandel stellt auch in der Schweiz ein reales Problem dar: Die wenigen verfügbaren Daten, die es in der Schweiz gibt, liefern bereits starke Hinweise für die Missstände in der Prostitution. Die Informationen der FIZ und die journalistischen Enthüllungen tragen zusätzlich zur Sichtbarkeit dieser Problematiken bei. Daraus kann u. a. gefolgert werden, dass die Datenlage im Einklang mit den programmatischen Pflichten dringend verbessert werden muss.

---

123 Siehe Kapitel 4.2.1.

124 Vgl. UHLMANN (Fn. 63), N 1 ff. zu Art. 95 BV.

125 Bericht der nationalen Expertengruppe, Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe, Eidgenössisches Polizei- und Justizdepartement, Bundesamt für Migration (Hrsg.), Bern 2014, S. 2 ff., S. 11.

126 EPINEY (Fn. 63), N 51 zu Art. 5 BV.

127 Vgl. Art. 139 ff. BV.

128 Siehe Art. 139 ff. BV.

Die Existenz von Prostitution wird in der Schweiz leichtfertig als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der persönlichen Freiheit bzw. des Rechts auf Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) hingenommen. Die Realität zeigt jedoch, dass sich vorwiegend Frauen prostituieren und dies oftmals aufgrund einer Notlage (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse).

Der vorliegend diskutierte Entscheid des Bundesgerichts (BGE 147 IV 73) ist insofern zu begrüßen, als Prostituierte ansonsten beim Ausüben ihrer Tätigkeit eine unge-rechtfertigte Rechtsunsicherheit erleiden müssten. Obschon sich die Existenz der Prostitution nicht bestreiten lässt, hätte sich das Bundesgericht nach der hier vertretenen Ansicht auch mit den negativen Seiten der Prostitution und der mangelnden Datenlage auseinandersetzen sollen. Die Tatsache, dass die Lausanner Richter/innen die Sittenwidrigkeit der Prostitution endgültig abgeschafft haben, bedeutet nicht, dass die Probleme im Sexgewerbe gelöst sind. In Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit ist also eine Abwendung der liberalen Haltung gegenüber der Prostitution erforderlich. Der verfassungsrechtliche Schutz des Austauschs von «Sex gegen Geld» mag es ermöglichen, dass Prostituierte tatsächlich Geld verdienen können. Dabei wird jedoch missachtet, dass ein ökonomisches Gefälle besteht und sich die sich prostituierende Person oftmals in einer vulnerablen Position befindet. Dieses Machtungleichgewicht steht im Konflikt mit der Wirtschaftsfreiheit, was wiederum die Selbstbestimmungsfähigkeit und somit die persönliche Freiheit sich prostituierender Personen stark einschränkt. In diesem Zusammenhang muss das Verständnis des Rechts auf Selbstbestimmung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV kritisch hinterfragt werden, da der Kontext von Prostituierten, wie zum Beispiel ihre wirtschaftliche und soziale Situation, oftmals nicht hinreichend miteinbezogen wird.

Schliesslich müsste untersucht werden, warum das Rechtssystem der Schweiz die Existenz einer weitverbreiteten Aktivität akzeptiert und legitimiert, die sich nachweislich mehrheitlich auf Frauen negativ auswirkt. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber und die Rechtsprechung in Zukunft mit der Thematik der Geschlechterungleichheit beschäftigen würden, die im Schwedischen Modell zentral ist und die MACKINNON in Zusammenhang mit der Prostitution so oft betont.

Zusammenfassend würde die Einführung eines Schwedischen Modells für die Schweiz einen grundlegenden Sinneswandel weg von der liberalen wirtschaftlichen Haltung erfordern sowie eine vertiefte Untersuchung der Frage, was Selbstbestimmung bedeutet und ab welchem Zeitpunkt sie nicht mehr vorhanden ist. Überlegungen zur durch die Prostitution resultierenden Geschlechterungleichheit müssten, wie bereits erwähnt, ernsthaft miteinbezogen werden.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die rechtlichen und föderalistischen Rahmenbedingungen eine schnelle Einführung des Schwedischen Modells nicht zulassen. Stattdessen wäre eine Änderung der Verfassung erforderlich, um das Schwedische Modell auch in der Schweiz einzuführen. Unabhängig davon, ob eine solche Änderung angenommen würde, ist es zum heutigen Zeitpunkt imperativ, dass der Staat die Datenlage verbessert. Aufgrund der verfügbaren Informationen genügen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV aus der kritisch-feministischen Perspektive im Sinne von MACKINNON jedenfalls nicht, um die Legalität der Prostitution in der Schweiz zu rechtfertigen.





# Von Roe über Casey zu Dobbs

## Schwangerschaftsabbrüche im Verfassungsrecht der USA

---

Raphaela Cueni

*Die US-amerikanische Rechtsprechung schützte während beinahe 50 Jahren das Recht von Schwangeren, selbstbestimmt über die Fortführung oder den Abbruch ihrer Schwangerschaft zu entscheiden. Während die Rechtsprechung das ungeschriebene Grundrecht in einer Vielzahl von Fällen bestätigte, konkretisierte und damit verfestigte, war die Garantie bereits seit Beginn ihrer Anerkennung immer wieder Angriffen und Einschränkungen ausgesetzt und wurde im Juni 2022 schliesslich durch den U.S. Supreme Court verworfen. Dieser Beitrag zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung und der Rechtslage der letzten 50 Jahre auf und skizziert Konsequenzen des Urteils in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization.*

### 1 Einleitung

Das US-amerikanische Verfassungsrecht garantierte Schwangeren seit 1973 das Recht, selbstbestimmt über die Fortführung oder den Abbruch einer Schwangerschaft zu entscheiden. Das auf das Urteil *Roe v. Wade*<sup>1</sup> zurückgehende ungeschriebene Grundrecht erfuhr in den Jahren und Jahrzehnten nach *Roe* zwar gewichtige Einschränkungen, wurde im Kern aber stets bestätigt. Dies änderte sich im Juni 2022, beinahe fünfzig Jahre nach den mündlichen Anhörungen in *Roe* vor dem U.S. Supreme Court.<sup>2</sup> Dasselbe Gericht (allerdings in einer deutlich konservativeren Zusammensetzung) verwarf das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch; mit der Konsequenz, dass Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen – auch solche umfassende Art – wieder zulässig wurden.

Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Beitrag die Entwicklungen der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung in diesem Bereich aufzeigen. Insbesondere soll dargestellt werden, inwiefern das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch in seinem Umfang und seiner Schutzwirkung bereits seit 1992 erheblich eingeschränkt wurde. Sodann soll am Beispiel der seit 2003 geltenden texanischen Regelungen

---

1 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

2 Die erste Anhörung fand am 13. Dezember 1971 statt, die zweite Anhörung am 11. Oktober 1972. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

erläutert werden, wie einzelne Staaten bereits seit Jahren einen Rechtsrahmen kannten, der Schwangere in ihrem Selbstbestimmungsrecht massiv einschränkte. Anschliessend wird das jüngste Urteil des U.S. Supreme Court in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>3</sup> besprochen und dargelegt, welches die faktischen und rechtlichen Auswirkungen des Urteils sind.

## 2 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

### 2.1 Kontext

Schwangerschaftsabbrüche wurden in den Vereinigten Staaten erst im 19. Jahrhundert umfassender kriminalisiert<sup>4</sup> und erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts kannten alle Bundesstaaten – die Regelung des Straf- und Strafprozessrechts ist in den USA eine Angelegenheit der Bundesstaaten – entsprechende Verbote.<sup>5</sup> Ausnahmen, etwa für Fälle einer Gefahr für das Leben der Schwangeren oder für aus Vergewaltigungen oder Inzest resultierenden Schwangerschaften, waren – Stand Mitte des 20. Jahrhunderts – in unterschiedlichem Ausmass vorgesehen.<sup>6</sup>

Diese Praxis der Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen führte allerdings nicht dazu, dass solche Abbrüche im 20. Jahrhundert nicht mehr stattfanden: Schwangerschaften wurden weiterhin abgebrochen,<sup>7</sup> oft jedoch illegal und mit medizinisch grenzwertigen und auch gefährlichen Methoden. Folglich waren gesundheitliche Schäden und Todesfälle als Folge unsicherer, illegaler Abtreibungen keine Seltenheit.<sup>8</sup> Insbesondere dieser Umstand führte ab den 1960er- und zu Beginn der 1970er-Jahre zu Forderungen nach Reformen; Schwangerschaftsabbrüche sollten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit liberalisiert werden.<sup>9</sup> Gleichzeitig wurde eine Aufhebung von Verboten und restriktiven Regeln von der damals erstarkenden Frauenrechtsbewegung

3 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022).

4 LUKER KRISTIN, *Abortion and the Politics of Motherhood*, London 1984, S. 11 ff.; SIEGEL REVA B., *Reasoning From the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, in: *Stanford Law Review* 1992/44, S. 281 ff.

5 Vgl. m.w.H. SANGER CAROL, *About Abortion, Terminating Pregnancy in Twenty-First-Century America*, Cambridge MA 2017, S. 25; NIJSTEN MACHTELD, *Abortion and Constitutional Law, A Comparative European-American Study*, Florenz 1990, S. 16 ff. M.w.H. *Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 129 ff. (1973)*.

6 LUKER (Fn. 4), S. 40. Vgl. mit rechtsvergleichenden Hinweisen SIEGEL REVA B., *The Constitutionalization of Abortion*, in: Rosenfeld Michel/Sajó András (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, S. 1060 ff.

7 LUKER (Fn. 4), S. 40.

8 LUKER (Fn. 4), S. 48 f. (mit dem Verweis auf Schätzungen, dass in den USA 10–20 Prozent der Todesfälle im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt auf illegale Abtreibungen zurückgingen). Vgl. SANGER (Fn. 5) S. 5 (mit Schätzung, dass – Stand 2016 – rund 13 Prozent der weltweiten Todesfälle im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt auf unsichere Abtreibungen zurückzuführen sind).

9 SIEGEL (Fn. 6), S. 1061. Vgl. LUKER (Fn. 4), S. 56 ff., 73 ff.; *Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 141 ff. (1973)*.

mit dem Verweis auf das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Betroffenen gefordert.<sup>10</sup> In der Folge fand in verschiedenen US-Bundesstaaten eine Liberalisierung der zuvor sehr strengen und in der Regel mit wenigen Ausnahmen versehenen Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen statt;<sup>11</sup> andere Bundesstaaten hielten an ihren restriktiven Regeln fest.<sup>12</sup>

In dieser Zeit des beginnenden gesellschaftlichen Wandels stellte sich die Frage der Verfassungsmässigkeit verschiedener Regelungen im Bereich von Schwangerschaftsabbrüchen bald auch dem U.S. Supreme Court.<sup>13</sup> Zum Leitentscheid in der Abtreibungsfrage wurde im Jahr 1973 schliesslich der Fall *Roe v. Wade*.<sup>14</sup> Zur Debatte standen die einschlägigen Bestimmungen des texanischen Strafgesetzbuchs, welche Abtreibungen verboten, es sei denn, ein Abbruch sei nötig, «um das Leben der Mutter zu retten».<sup>15</sup> Die Beschwerdeführerin Jane Roe<sup>16</sup> war ungewollt schwanger, durfte jedoch unter der strikten texanischen Regelung keine Abtreibung vornehmen lassen. Sie bzw. ihre Anwältinnen gelangten mit dem Argument an den U.S. Supreme Court, dass eine derart restriktive Regelung mit dem Recht auf Privatsphäre nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig sei.<sup>17</sup>

Zwar garantierte und garantiert die US-amerikanische Verfassung bis heute zumindest explizit kein solches Recht auf Privatsphäre, der U.S. Supreme Court hatte jedoch in unterschiedlichen Fallkonstellationen, gestützt auf verschiedene Garantien der Verfassung ein ungeschriebenes Recht auf Privatsphäre identifiziert.<sup>18</sup> Anerkannt wurde so in *Griswold v. Connecticut* im Jahr 1965 insbesondere eine «Zone der Privatsphäre» im Bereich des Zugangs zu Verhütungsmitteln – zunächst für verheiratete Frauen. Zwar, so der Supreme Court in diesem Urteil, kenne die Verfassung kein explizites Recht auf Privatsphäre, die verschiedenen Garantien – insbesondere der Erste, Dritte, Vierte und Neunte Zusatzartikel – würden jedoch Zonen bzw. Schatten (*penumbras*) schaffen, welche gemeinsam ein solches Recht begründeten.<sup>19</sup>

10 SIEGEL (Fn. 6), S. 1061 f.

11 Als frühes Beispiel «California Therapeutic Abortion Act» 1967 (CAL. HEALTH & SAFETY CODE §§ 25950–54 (Stand 1967)). Vgl. mit einer Einschätzung zum Zeitpunkt dieser Änderungen PENDLETON BRIAN, *The California Therapeutic Abortion Act: An Analysis*, in: *Hastings Law Journal* 1967, S. 242 ff. Vgl. LUKER (Fn. 4), S. 67 ff.

12 So etwa Texas, vgl. Hinweise in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 117 (1973).

13 Vor 1973 schon *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971).

14 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Gleichzeitig beurteilte der U.S. Supreme Court auch den Fall *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), in welchem Bestimmungen aus Georgia zur Debatte standen. In Anwendung der unter *Roe* entwickelten Standards wurden die Bestimmungen in Georgia (mit einer Ausnahme) ebenfalls für verfassungswidrig befunden. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 192 ff. (1973).

15 Art. 1191 ff. Texas Penal Code. Vgl. Hinweis in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 117 (1973).

16 Jane Roe als Pseudonym für Norma McCorvey. Vgl. dazu PRAGER JOSHUA, *The Family Roe, An American Story*, New York 2021.

17 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 120 (1973).

18 Vgl. die Hinweise in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973).

19 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 ff. (1965). Kurz vor *Roe v. Wade* dehnte der Supreme Court dieses Recht gestützt auf die *Equal Protection Clause* auch auf unverheiratete Frauen aus. Vgl. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 447 ff. (1972). Vgl. mit einer Argumentation aus der Entscheidungsfreiheit des Individuums auch *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

## 2.2 Kernaussagen des Urteils

Vor diesem geschilderten Hintergrund stellte sich dem U.S. Supreme Court entsprechend die Frage, ob der Entscheid über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs auch als Teil dieser sich entwickelnden Zonen der Privatsphäre im Bereich von Entscheidungen über Familie und Reproduktion anzuerkennen sei und wenn ja, wie ein verfassungsrechtlicher Schutz eines solchen Rechts ausgestaltet sein könnte.

Nach ausführlichen historischen Hinweisen<sup>20</sup> und Schilderungen der damals vorherrschenden Meinungen in den bedeutendsten medizinischen Fachgesellschaften<sup>21</sup> verwies der Autor der Meinung des Gerichts – Justice Blackmun – kurz auf die früheren Entscheidungen, in welchen der U.S. Supreme Court ein Recht auf Privatsphäre festgestellt hatte.<sup>22</sup> An diese Aufzählung anschliessend stellte er relativ direkt und unkompliziert fest, dass das Recht auf Privatsphäre, welches nach Ansicht des Gerichts im 14. Zusatzartikel zu verorten sei, zweifelsohne breit genug sei, die Entscheidung einer Frau über die Fortführung einer Schwangerschaft mit zu umfassen.<sup>23</sup> Diesen Schutz als Teil des Rechts auf Privatsphäre begründete das Gericht unter anderem mit der physischen und psychischen Belastung durch ein ungewolltes Kind.<sup>24</sup>

Allerdings sei das geschützte Recht nicht absolut: Einschränkungen zum Schutz der Gesundheit der Schwangeren und zum Schutz des ungeborenen, potenziellen Lebens seien zulässig.<sup>25</sup> Die Abwägung zwischen dem Recht auf Privatsphäre – als Recht der Entscheidung über die Fortführung einer Schwangerschaft – und den identifizierten gegenläufigen Interessen löste der U.S. Supreme Court über die Einführung eines «Trimester-Modells»:

Sowohl der Schutz der Gesundheit der Schwangeren als auch der Schutz von potenziellem Leben seien Interessen, die mit fortlaufender Schwangerschaft an Gewicht gewinnen würden. Beide seien jedoch erst ab einem bestimmten Zeitpunkt so gewichtig, dass sie eine Einschränkung des Rechts der Schwangeren, selbstbestimmt über einen Abbruch zu entscheiden, rechtfertigen könnten.<sup>26</sup> Die relevanten Zeitpunkte setzte der U.S. Supreme Court auf den Beginn des zweiten Trimesters der Schwangerschaft (für den Schutz der Gesundheit der Schwangeren) und mit Beginn der Lebensfähigkeit des Fötus (für den Schutz von potenziellem Leben) fest, woraus sich die folgende Kategorisierung ergab:

Aufgrund der vergleichsweise geringen medizinischen Risiken eines frühen Abbruchs im Vergleich zu den Risiken einer Schwangerschaft seien im ersten Trimester

---

20 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 141 ff. (1973).

21 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 141 ff. (1973).

22 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 152 (1973).

23 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973).

24 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973).

25 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 155, 162 (1973).

26 Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 162 ff. (1973).

staatliche Regelungen unzulässig, welche die Entscheidung einer Schwangeren<sup>27</sup> für oder gegen die Fortführung einer Schwangerschaft einschränkten.<sup>28</sup>

Die Interessen am Schutz der Gesundheit der Schwangeren würden aufgrund der zunehmenden Risiken erst gegen Ende des ersten und mit Beginn des zweiten Trimesters so gewichtig, dass einschränkende Regelungen zulässig würden, etwa in der Form von Anforderungen an den Ort der Durchführung der Abtreibung oder die ausführende Person.<sup>29</sup>

Gar erst gegen Ende des zweiten Trimesters und zum Zeitpunkt der Lebensfähigkeit des Fötus seien Regelungen zum Schutz des ungeborenen, potenziellen Lebens erlaubt. Mit Eintreten der Lebensfähigkeit (damals ungefähr bei 24 bis 28 Wochen) seien dann auch Verbote von Abbrüchen zulässig, sofern in diesen Ausnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit der Schwangeren vorgesehen seien.<sup>30</sup>

Der U.S. Supreme Court begründete in *Roe v. Wade* somit in einem 7:2-Entscheid ein ungeschriebenes Grundrecht einer Schwangeren, vor Lebensfähigkeit des Fötus über die Fortführung bzw. den Abbruch einer Schwangerschaft zu entscheiden. Dieses Recht wurde weit gefasst und untersagte insbesondere strafrechtliche Verbote von Abbrüchen vor Lebensfähigkeit des Fötus, während Schwangere vor restriktiven Regelungen im ersten Trimester vollständig geschützt wurden. Hergeleitet wurde dieses Recht als Teil des Rechts auf Privatsphäre aus der *Due Process Clause* des 14. Zusatzartikels zur Verfassung.<sup>31</sup>

### 2.3 Einschätzungen und Kritik

Das Urteil in *Roe v. Wade* wurde von Beginn weg von unterschiedlicher Seite kritisiert. Nicht nur Verfechter einer traditionell-religiösen Familienstruktur und besonders konservative Kreise sprachen sich klar gegen *Roe v. Wade* aus,<sup>32</sup> gerade auch die US-amerikanische rechtswissenschaftliche Lehre hielt sich mit Kritik am Urteil nicht zurück: Ruth B. Ginsburg, spätere Richterin am Supreme Court, etwa befürwortete zwar das Privatsphäre-Argument und die Einschätzung der Verfassungswidrigkeit der texanischen Regelung, aus demokratischen bzw. politisch-taktischen Überlegungen befand sie ein zurückhaltenderes Urteil verbunden mit einer Liberalisierung durch die Gesetzgeber statt

---

27 Ganz präzise steht das Recht gemäss Urteil der schwangeren Frau *zusammen* mit ihrem *Arzt* zu. Im Urteil ist die Rollenteilung zwischen männlichem Arzt und weiblicher Patientin eindeutig; Ärztinnen gibt es zumindest in der Wortwahl des Supreme Court der 1970er-Jahre nicht. Zudem rückt der Wortlaut punktuell sogar das Recht der medizinisch informierten, freien Entscheidung des Arztes in den Vordergrund. Vgl. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 (1973) («[...] [T]he attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated.»).

28 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 f. (1973).

29 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 (1973).

30 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 163 f. (1973).

31 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153, 164 (1973).

32 Zur Rezeption von *Roe* und dem Widerstand dagegen etwa LUKER (Fn. 4), S. 137 ff., 144 ff.; SANGER (Fn. 5), S. 8 f., 28 f.; ZIEGLER MARY, *Abortion and the Law in America*, Cambridge/New York 2020, S. 23 ff.

durch ein Gericht jedoch für deutlich sinnvoller.<sup>33</sup> Andere Stimmen gingen gar noch weiter und bekundeten grundsätzliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Grundlage des Urteils.<sup>34</sup>

### 3 Einschränkungen zwischen 1973 und 1992

Das durch *Roe v. Wade* anerkannte Recht von Schwangeren, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob eine Schwangerschaft fortgeführt werden sollte oder nicht, wurde in den Jahren nach 1973 in verschiedener Hinsicht eingeschränkt bzw. relativiert.<sup>35</sup>

Bereits wenige Jahre nach *Roe* erliessen erste Bundesstaaten und Städte Bestimmungen, welche die Finanzierung von medizinisch nicht indizierten Abbrüchen über staatliche Krankenkassen oder öffentliche Gelder allgemein einschränkten.<sup>36</sup> Auf Bundesebene schloss das *Hyde Amendment* ab 1976 den Einsatz von finanziellen Mitteln des Bundes für die Finanzierung von Abtreibungen (mit wenigen Ausnahmen) aus und ist – durch alljährliche Erneuerungen in den relevanten Budgetvorlagen – bis heute in Kraft.<sup>37</sup> Der U.S. Supreme Court hielt diese Einschränkungen durch den Ausschluss einer finanziellen Unterstützung, welche primär ärmere Schwangere traf und trifft,<sup>38</sup> allesamt für mit *Roe* vereinbar.<sup>39</sup>

Ebenfalls schon früh stellte sich heraus, dass der U.S. Supreme Court nicht bereit war, den Schutz der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und eine Schwangerschaft gleichermaßen auch Minderjährigen zuzusprechen. Während das Gericht in *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* eine Regelung für verfassungswidrig befand, welche die Zulässigkeit von Abbrüchen bei Minderjährigen von der Zustimmung der Eltern abhängig machte, da die Entscheidung über einen Abbruch nicht an Dritte

33 GINSBURG RUTH B., Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*, in: North Carolina Law Review 1985, S. 375 ff.

34 Am bekanntesten wohl ELY JOHN HART, The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*, in: The Yale Law Journal 1973, S. 920 ff. Vgl. auch etwa TRIBE LAURENCE H., The Supreme Court 1972 Term, Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law, in: Harvard Law Review 1973, S. 1 ff.

35 Vgl. GREENHOUSE LINDA, Becoming Justice Blackmun, Harry Blackmun's Supreme Court Journey, New York 2005, S. 110 ff., 138 ff., 183 ff.; ZIEGLER (Fn. 32), S. 45 ff., 58 ff.

36 Vgl. etwa die Bestimmungen aus Connecticut in *Maier v. Roe*, 432 US 464 (1977), die Bestimmungen aus Pennsylvania in *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977) und die Regelung der Stadt St. Louis in *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977).

37 Dazu ZIEGLER (Fn. 32), S. 27 ff. Vgl. mit einer Übersicht Guttmacher Institute, The Hyde Amendment: A Discriminatory Ban on Insurance Coverage of Abortion, Fact Sheet, Mai 2021.

38 Der Ausschluss der Verwendung von finanziellen Mitteln des Bundes bedeutet konkret, dass eine Deckung durch Medicaid – sofern nicht der Bundesstaat eine solche aus den eigenen Mitteln vorsieht – für Schwangerschaftsabbrüche ausgeschlossen ist. Auch zwei der drei in Fn. 36 genannten Fälle auf Ebene der Bundesstaaten betrafen die Frage des Ausschlusses der Verwendung von Medicaid-Geldern. Medicaid ist insbesondere für Menschen mit besonders tiefen Einkommen vorgesehen. Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 27.

39 *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977); *Maier v. Roe*, 432 US 464 (1977); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

delegiert werden könne,<sup>40</sup> hielt sich dieser vergleichsweise stabile Schutz auch für Minderjährige nicht lange: Bereits in den beiden *Bellotti*-Urteilen<sup>41</sup> in den späteren 1970er-Jahren befand der U.S. Supreme Court elterliche Zustimmungspflichten bei Abbrüchen von Minderjährigen für zulässig, sofern auch alternative Zustimmungsmöglichkeiten vorgesehen waren.<sup>42</sup> Damit wurde das in *Roe* geschaffene Recht für minderjährige Schwangere substanziell beschränkt.<sup>43</sup> Dieser deutlich reduzierte Schutz von Minderjährigen wurde in zwei Urteilen aus dem Jahr 1990 – *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*<sup>44</sup> und *Hodgson v. Minnesota*<sup>45</sup> – bestätigt, als der U.S. Supreme Court die darin enthaltenen strengen Informationspflichten von Eltern bei Schwangerschaftsabbrüchen von Minderjährigen für verfassungsmässig erachtete.<sup>46</sup>

Einschränkungen anderer Art – etwa in der Form von Zustimmungs- oder Informationspflichten des Ehepartners,<sup>47</sup> langer Wartefristen oder medizinisch nicht begründbarer Anforderungen an die informierte Zustimmung<sup>48</sup> – hielt der Supreme Court für nicht vereinbar mit *Roe*. Er erklärte so mehrere staatliche Bestimmungen für unzulässig, die über eine restriktive Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen die Auswirkungen von *Roe* und die Tragweite des verfassungsmässigen Rechts einzuschränken versuchten.<sup>49</sup>

Allerdings begann die Stabilität des in *Roe* geschaffenen, ungeschriebenen Grundrechts ab Mitte der 1980er-Jahre zunehmend zu schwanken: In einer sich ändernden Zusammensetzung des Gerichts<sup>50</sup> schrumpfte die Unterstützung für *Roe* von einer 7:2-Mehrheit in *Roe v. Wade* im Jahr 1973 auf eine 6:3-Mehrheit in *Akron v. Akron Center for Re-*

---

40 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 67 ff. (1976) («[...] [T]he State does not have the constitutional authority to give a third party an absolute, and possibly arbitrary, veto over the decision of the physician and his patient to terminate the patient's pregnancy, regardless of the reason for withholding the consent.»).

41 *Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132 (1976); *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

42 *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 662, 649 (1979).

43 Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 154 ff.; WHARTON LINDA J., *Roe at Thirty-Six and Beyond: Enhancing Protection for Abortion Rights Through State Constitutions*, in: *William & Mary Journal of Women and the Law* 2009, S. 479.

44 *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990).

45 *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990).

46 Eine Mehrheit des Gerichts hielt die Pflicht der Information beider Elternteile in *Hodgson* für verfassungswidrig, kam jedoch zum Schluss, dass die konkrete Regelung zulässig war, weil sie auch die Möglichkeit eines sogenannten *judicial bypass* enthielt (also Minderjährige die Zustimmung durch ein Gericht erhalten konnten, falls eine Zustimmung durch beide Elternteile nicht möglich war). *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417, 450 ff. (1990).

47 Etwa *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976). Die Regelung verlangte für verheiratete Schwangere eine schriftliche Einwilligung des Ehemannes.

48 Vgl. insb. *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983) und *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

49 *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

50 Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 30 f.

*productive Health*<sup>51</sup> im Jahr 1983 zu einer knappen 5:4-Mehrheit in *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*<sup>52</sup> im Jahr 1986.

Schliesslich stand im Jahr 1989 in *Webster v. Reproductive Health Services*<sup>53</sup> ein Gesetz aus Missouri zur Debatte. Dieses hielt unter anderem in der Präambel fest, dass menschliches Leben zum Zeitpunkt der Empfängnis beginne, es verbot die Verwendung von öffentlichen Geldern, Angestellten und Einrichtungen für medizinisch nicht indizierte Abbrüche und sah zudem extensive Abklärungen zur Lebensfähigkeit von Föten bei fortgeschrittenen Schwangerschaften vor.<sup>54</sup> Hier kam der U.S. Supreme Court nun zum Schluss, dass alle dieser genannten Bestimmungen mit der Verfassung vereinbar seien. Zwar hielt die Mehrheit des Gerichts an *Roe* fest, im Urteil wurde das Trimester-Modell jedoch deutlich kritisiert und ein Interesse des Staates am Schutz von potenziellem Leben bereits vor Lebensfähigkeit des Fötus anerkannt.<sup>55</sup>

Die schwindende Mehrheit für *Roe v. Wade* innerhalb des U.S. Supreme Court und die Kritik an der Argumentation von *Roe* in *Webster* befeuerten deshalb Anfang der 1990er-Jahre die Befürchtung, dass *Roe* und damit das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch bald verworfen werden könnte.<sup>56</sup>

## 4 Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

### 4.1 Ausgangslage und politischer Kontext

Die Abtreibungsfrage hatte sich in den Vereinigten Staaten nach dem Urteil in *Roe v. Wade* zu einer Debatte entwickelt, welche rechtlich, politisch und gesellschaftlich zunehmend verbittert und mit sich verhärtenden Fronten geführt wurde.<sup>57</sup> So wurde die Verwerfung von *Roe v. Wade* ab den 1980er-Jahren Kern konservativer Forderungen nach einem Ende des «richterlichen Aktivismus» der 1950er- bis 1970er-Jahre und einer Rückbesinnung auf die wahre, geschriebene Verfassung.<sup>58</sup>

Anfang der 1990er-Jahre war der U.S. Supreme Court mit den damals jüngsten Neu-besetzungen unter den Präsidenten Reagan und Bush (Justice O'Connor, Justice Scalia, Justice Kennedy, Justice Souter, Justice Thomas) im Vergleich zu den 1970er-Jahren konservativer geworden. Zudem war bereits Ronald Reagan für seine deutliche Haltung ge-

51 Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983).

52 Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986).

53 Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

54 Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490, 501 (1989).

55 Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490, 518 ff. (1989).

56 Vgl. GREENHOUSE (Fn. 35), S. 201; LUKER (Fn. 4), S. 216 ff.

57 Vgl. dazu SANGER (Fn. 5), S. 1 ff., 12 ff., 26 f.; OLIVERI RIGEL C., Crossing the Line: The Political and Moral Battle Over Late-Term Abortion, in: Yale Journal of Law and Feminism 1998/10, S. 397.

58 Vgl. mit einer übersichtlichen Schilderung TOOBIN JEFFREY, The Nine, Inside the Secret World of the Supreme Court, New York 2007, S. 18 ff.; GREENHOUSE LINDA/SIEGEL REVA B., Before Roe v. Wade, Voices that shaped the abortion debate before the Supreme Court's ruling, 2. Aufl., New Haven 2012, S. 286, 300 ff.



gen *Roe v. Wade* und gegen ein liberales Abtreibungsrecht aufgefallen.<sup>59</sup> Seine Administration hatte in *Akron* die restriktive Regelung unterstützt<sup>60</sup> und in *Thornburgh* und *Webster* gar die Verwerfung von *Roe* gefordert;<sup>61</sup> von seinen Nominierungen war deshalb nicht nur eine allgemein konservativere, sondern insbesondere eine *Roe*-kritische Einstellung anzunehmen.<sup>62</sup> Es musste deshalb Anfang der 1990er-Jahre davon ausgegangen werden, dass der U.S. Supreme Court in seiner konservativeren Zusammensetzung bei einer erneuten Debatte über das verfassungsmässige Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch *Roe v. Wade* wohl verwerfen würde.<sup>63</sup>

Vor diesem Hintergrund hatte der U.S. Supreme Court im Jahr 1992 die Verfassungsmässigkeit des *Pennsylvania Abortion Control Act* zu beurteilen. Infrage standen u. a. eine Pflicht der elterlichen Zustimmung bei Abbrüchen von Minderjährigen, Wartezeiten zwischen Beratungsgespräch und Durchführung des Abbruchs, strenge Meldepflichten sowie eine Informationspflicht des Ehepartners bei verheirateten Schwangeren.<sup>64</sup> Alle diese genannten Bestimmungen schränkten das Recht der selbstbestimmten Entscheidung der Schwangeren über die Fortführung der Schwangerschaft bereits vor Ablauf des ersten Trimesters ein; ihre Vereinbarkeit mit den in *Roe v. Wade* präzisierten verfassungsrechtlichen Anforderungen war damit mehr als fraglich.

## 4.2 Erhebliche Modifizierung von *Roe v. Wade*

Für viele der damaligen Beobachterinnen und Beobachter überraschend,<sup>65</sup> verwarf der U.S. Supreme Court *Roe v. Wade* in *Planned Parenthood v. Casey* nicht. Der Entscheid modifizierte die Konturen des ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts jedoch erheblich.

Zwar betonte die Mehrheit des Gerichts über mehrere Seiten hinweg, im neuen Entscheid die zentrale Aussage von *Roe v. Wade* zu bestätigen. Diese liege darin, dass die Verfassung – abgeleitet aus dem Recht auf Schutz der Privatsphäre – Schwangeren ein Recht vermittele, vor Lebensfähigkeit des Fötus selbstbestimmt über die Fortführung oder den

59 Vgl. GREENHOUSE/SIEGEL (Fn. 58), S. 260, 299; REAGAN RONALD, *Abortion and the Conscience of a Nation*, in: *Catholic Lawyer* 1986/30, S. 99 ff.

60 *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416, 418 (1983). Vgl. GREENHOUSE (Fn. 35), S. 143 f.

61 *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Appellants, 1985 WL 669705 (U.S.); *Webster v. Reproductive Health Services*, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Appellants, 1988 WL 1026198 (U.S.). Vgl. GREENHOUSE (Fn. 35), S. 183 f., 190.

62 Vgl. TYGIEL JULES, *Ronald Reagan and the Triumph of American Conservatism*, 2. Aufl., New York 2006, S. 249 f. (mit Hinweis auf das unter Reagan beginnende «Screening» von Kandidierenden für Bundesgerichte).

63 Vgl. GREENHOUSE (Fn. 35), S. 201; TOOBIN (Fn. 58), S. 20 ff., 43 ff. Deutlich kommt die Haltung auch in der separaten Meinung von Justice Blackmun in *Casey* zum Ausdruck, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 922 ff. (1992) (Blackmun, J., concurring in part, dissenting in part).

64 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992).

65 Vgl. etwa GREENHOUSE (Fn. 35), S. 201. Eine Verwerfung war schon in *Webster* erwartet worden, vgl. SANGER (Fn. 5), S. 30 f.

Abbruch einer Schwangerschaft zu entscheiden.<sup>66</sup> Aus Gründen der Respektierung der Regel des *stare decisis*,<sup>67</sup> der Bedeutung der Garantie für die Lebensgestaltung von Frauen<sup>68</sup> und der Tatsache, dass sich weder das rechtliche noch das tatsächliche Umfeld seit dem Entscheid in *Roe* relevant verändert hätten, sei eine Verwerfung des Urteils nicht angezeigt und würde im Gegenteil der Legitimität des Gerichts schaden.<sup>69</sup>

Nicht festgehalten wurde hingegen – da nach Ansicht einer Mehrheit nicht zentraler Teil des Urteils von 1973 – am strengen, die Rechte der Schwangeren besonders eingehend vor Einflussnahme des Staates schützenden Trimester-Modell.<sup>70</sup> Dieses wurde in *Casey* verworfen. Stattdessen formulierte das Gericht eine neue Regel: Nach dieser war das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren zwar weiterhin als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht gewährleistet und eine Kriminalisierung von Abbrüchen vor Lebensfähigkeit des Fötus blieb verfassungswidrig.<sup>71</sup> Hingegen waren staatliche Regelungen zum Schutz der Gesundheit der Schwangeren oder zum Schutz des Ungeborenen neu bereits ab Beginn der Schwangerschaft zulässig, sofern diese für die Schwangere nicht «unzumutbar» seien.<sup>72</sup> Unzumutbarkeit wurde im Urteil definiert als Regelungen, die den Zweck oder die Auswirkung haben, Frauen auf dem Weg zu einem Abbruch substantielle Hindernisse aufzuerlegen.<sup>73</sup>

Welche Regelungen unter diesem Standard als unzumutbar gelten sollten, welche Restriktionen Schwangeren zuzumuten seien und was hingegen als substantielles Hindernis zu betrachten sei, blieb mit *Casey* vergleichsweise offen; erste Hinweise ergaben sich jedoch bereits aus der Anwendung des neuen Standards auf die Regelung aus Pennsylvania: Als zumutbar eingestuft wurden sowohl die gesetzlich vorgesehene Wartefrist von 24 Stunden zwischen Beratung und Abbruch, die Anforderungen an die ärztlichen Meldepflichten wie auch die enge Umschreibung medizinischer Notfälle.<sup>74</sup> Insbesondere stufte eine Mehrheit des Gerichts auch die Notwendigkeit der elterlichen Zustimmung bei Abbrüchen von Minderjährigen (mit alternativer Möglichkeit einer richterlichen Zustimmung) als zumutbar ein.<sup>75</sup> Unzumutbar und deshalb verfassungswidrig war in den Augen des Gerichts lediglich die Pflicht der Information des Ehemannes.<sup>76</sup>

---

66 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 846 ff. (1992).

67 *Stare decisis* bezeichnet die Doktrin, wonach ein Gericht frühere Entscheidungen desselben oder eines höheren Gerichts, welche dieselben Rechtsfragen aufwerfen, zu befolgen hat. Vgl. Black's Law Dictionary (Hrsg. Garner Bryan A.), 6. Aufl. 2021, Stichworte «stare decisis» und «precedent».

68 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 856 ff. (1992).

69 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 864 ff. (1992).

70 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 869 ff., insb. 873 (1992).

71 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 870 (1992).

72 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 876 (1992).

73 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 877 (1992).

74 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 879 ff., 890 f. (1992).

75 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 889 f. (1992).

76 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 887 ff. (1992).

### 4.3 Konsequenz

Mit *Casey* blieb das im Recht auf Privatsphäre verankerte Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch vor Lebensfähigkeit des Fötus erhalten. Entsprechend garantierte die Verfassung – in der Form von ungeschriebenem Verfassungsrecht – weiterhin ein solches Selbstbestimmungsrecht.

Allerdings wurde das Grundrecht in seinem Umfang und in seiner Schutzwirkung deutlich reduziert.<sup>77</sup> Während unter den in *Roe* entwickelten Regeln staatliche Einschränkungen in den ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft grundsätzlich unzulässig und solche vor Lebensfähigkeit des Fötus von Gerichten an einem strengen Massstab zu überprüfen waren,<sup>78</sup> erlaubten *Casey* und das bis 2022 geltende Recht bereits ab Beginn einer Schwangerschaft restriktive Regelungen.<sup>79</sup> Diese waren zudem nicht nur zum Schutz des Ungeborenen, sondern auch zum Schutz der bestverstandenen Interessen der Schwangeren möglich; *Casey* erlaubte damit insbesondere ein öffentliches Interesse daran, Frauen (zu ihrem eigenen Schutz) von Abtreibungen abzubringen.<sup>80</sup> Zudem waren solche einschränkende Regelungen bereits zulässig, sofern sie für Schwangere «nicht unzumutbar» waren; eine strenge Überprüfung in Bezug auf das verfolgte öffentliche Interesse und die Präzision der Massnahme erfolgte nicht mehr.<sup>81</sup>

Inwiefern diese Änderung zu einer deutlichen Verwässerung des ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch führte, zeigte sich in den nach *Casey* erlassenen Regeln in verschiedenen Bundesstaaten.

## 5 Rechtslage unter Casey am Beispiel von Texas

Nach der Modifikation von *Roe* durch *Casey* erliessen viele US-amerikanische Bundesstaaten zunehmend restriktive Regelungen für Schwangerschaftsabbrüche.<sup>82</sup> Diese sind bzw. waren in der Regel als «medizinische Regelungen» ausgestaltet: Sie gingen davon aus, dass Schwangere sich unüberlegt und überhastet für Schwangerschaftsabbrüche

77 Vgl. mit dieser Einschätzung auch SANGER (Fn. 5), S. 31 («[B]ut the remainder of the decision took large bites out of the rest of *Roe*.»).

78 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 155 und 162 ff. (1973) (Hinweis, dass zur Einschränkung des Rechts ein *compelling state interest* notwendig sei und Diskussion, ab wann dies der Fall sei).

79 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 875 ff. (1992).

80 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 878 (1992) («[A] state measure designed to persuade her to choose childbirth over abortion will be upheld if reasonably related to that goal. Regulations designed to foster the health of a woman seeking an abortion are valid if they do not constitute an undue burden.»). Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 32.

81 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 ff. (1992). Diesbezüglich mit einer Präzisierung *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) (slip op., at 19).

82 Vgl. etwa die Regelungen in Texas (TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.001 ff. (2021)) oder Mississippi (MISS. CODE ANN. § 41–41–31 ff. (2019)). Vgl. mit einer Übersicht SANTAMARIÑA DANIELA, *What abortion laws would look like if Roe v. Wade were overturned*, in: *New York Times* vom 2. September 2021.

entscheiden, diese später bereuen und Abbrüche deshalb durch höhere Anforderungen an die Information und Zustimmung auch im Interesse der Schwangeren selbst vermieden werden könnten.<sup>83</sup> So sahen Staaten Wartefristen, zunehmend engmaschige Zustimmungserfordernisse und weitere restriktive Regelungen vor.<sup>84</sup> Obwohl die Bestimmungen Schwangerschaftsabbrüche substanziell erschwerten, wurden sie alle – mit wenigen Ausnahmen für Bestimmungen, die offensichtlich lediglich dazu dienten, den Zugang zu Abbrüchen zu erschweren<sup>85</sup> – als zumutbar und entsprechend unter *Casey* zulässig eingestuft.<sup>86</sup>

So entwickelte sich in mehreren Staaten eine Rechtslage, in welcher Schwangerschaftsabbrüche äusserst restriktiv geregelt wurden.<sup>87</sup> Besonders illustrativ, rechtlich eingehend auch von Gerichten diskutiert und in der medialen Berichterstattung oft besprochen wurde die Rechtslage im Bundesstaat Texas.

## 5.1 Texas Woman's Right to Know Act

Texas regelte Schwangerschaftsabbrüche ab 2003 im *Woman's Right to Know Act*,<sup>88</sup> einem Teil des *Texas Health and Safety Code*.<sup>89</sup> Ergänzt wurden die Bestimmungen des *Woman's Right to Know Act* durch Bestimmungen im *Texas Family Code*<sup>90</sup> zu Abtreibungen bei Minderjährigen und Bestimmungen im texanischen Versicherungsrecht zur Frage der Deckung von Abbrüchen durch Krankenkassen.

Der *Texas Woman's Right to Know Act* war mit den ergänzenden Bestimmungen in den genannten weiteren Gesetzen ein typisches Beispiel einer restriktiven Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen unter *Casey*, die sich unter anderem durch strenge Anforderungen an die Beratung (1.), zwingende Wartefristen (2.), signifikante Einschränkungen für Minderjährige (3.) und administrative Hindernisse (4.) auszeichnete.

### 5.1.1 Anforderungen an die Beratung

Der *Texas Woman's Right to Know Act* enthielt zunächst in § 171.001 ff. – der Prämisse der unüberlegt handelnden und entscheidenden Schwangeren folgend<sup>91</sup> – detaillierte Anforderungen an die informierte Zustimmung (*informed consent*) und die dafür notwendige ärztliche Beratung.

83 Vgl. etwa Tex. B. An., H.B. 15, 78th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2003). Vgl. auch SANGER (Fn. 5), S. 32.

84 Vgl. etwa MISS. CODE ANN. § 41–41–31 ff. (2019); TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.001 ff. (2021). Vgl. mit einer Übersicht SANGER (Fn. 5), S. 32 ff.

85 *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, 591 U.S. \_\_ (2020); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016). Siehe dazu Kapitel 5.1.

86 Vgl. etwa SANGER (Fn. 5), S. 29, 33 f.

87 Vgl. etwa LA. STAT. ANN. § 40:1061 ff. (2021); MISS. CODE ANN. § 41–41–31 ff. (2019); TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.001 ff. (2021).

88 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.001 ff. (2021).

89 Die relevanten Bestimmungen sind Stand Juli 2022 noch in Kraft. Ihre Anwendung und damit ihre Bedeutung ist jedoch seit dem im September 2021 in Kraft getretenen Verbot von Abbrüchen ab der 6. Schwangerschaftswoche (vgl. dazu Kapitel 5.1) stark reduziert.

90 TEX. FAM. CODE ANN., § 33.001 ff. (2021).

91 Vgl. Tex. B. An., H.B. 15, 78th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2003).

Während Informationspflichten im Grundsatz nicht per se problematisch sein dürften,<sup>92</sup> so wiesen die konkreten Anforderungen der texanischen Bestimmungen teils absurde Ausprägungen auf, die sich in den Details kaum medizinisch rechtfertigen liessen.<sup>93</sup> Illustrativ zeigt sich diese Problematik<sup>94</sup> in den grundsätzlich zwingenden sogenannten *speech and display*-Anforderungen<sup>95</sup> gemäss § 171.012 (1) ff. Diese verpflichteten die zuständigen Ärztinnen und Ärzte im Beratungsgespräch auch etwa, Frauen auf ein angeblich erhöhtes Brustkrebsrisiko nach einem Schwangerschaftsabbruch hinzuweisen. Diese Information war und ist auch heute nach aktuellem Stand der Wissenschaft unhaltbar.<sup>96</sup>

Zudem war gemäss § 171.012 (4)(A) ff. vorgesehen, dass abtreibungswillige Schwangere einen Ultraschall vornehmen, sich dabei das Bild des Embryos oder Fötus ansehen und den Herzschlag (falls vorhanden) anhören sollten. Während des Ultraschalls hatte die zuständige medizinische Fachperson das Bild nach gesetzlich normierten Vorgaben zu beschreiben.<sup>97</sup>

Diese gesetzliche Annahme, wonach eine informierte Entscheidung eine solche Betrachtung und Beschreibung zwingend erfordert, kann als Ausdruck genereller Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit von Schwangeren angesehen und die Bestimmungen können als eine Form der Belästigung eingestuft werden.<sup>98</sup>

Die in den *speech and display*-Anforderungen implizierte Konfrontationspflicht wurde deshalb in der Literatur (zurecht) als Versuch gewertet, den Betroffenen ein Gefühl von Schuld zu vermitteln. Das mit derartigen Anforderungen u. U. einhergehende Schaffen einer Stresssituation war deshalb wohl weniger eine in Kauf genommene Nebenfolge einer besonders gewissenhaften Aufklärung, sondern ein bewusstes und intendiertes Zufügen von «Leid» und damit eine Form der informellen «Bestrafung».<sup>99</sup>

92 Beratungspflichten unterschiedlicher Art sind in vielen Rechtsordnungen vorgesehen. Vgl. etwa Art. 119 Abs. 2 StGB-CH; § 218a Abs. 1 (1) i. V. m. Art. 219 StGB-DE. Mit einer Übersicht SIEGEL (Fn. 6), S. 1071 ff.

93 Vielmehr schien das Ziel, damit eine Reduktion der Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen herbeizuführen. So auch explizit in den Materialien: «Informing a woman of her unborn child's gestational development could reduce the number of abortions, because the woman might realize that she was making a decision that involved another human being, not merely an undeveloped piece of tissue.» Tex. B. An., H.B. 15, 78th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2003).

94 Umfassend zur Frage, was derartige Bestimmungen bezwecken sollen und inwiefern sie problematisch sind SANGER (Fn. 5), S. 108 ff. (unter dem Titel *Facing your Fetus*).

95 *Speech and display*, weil die Regelungen präzise Aussagen (*speech*) und einen mit präzisen Aussagen verknüpften Ultraschall (*display*) vorsehen.

96 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.012 (1)(A)(iii) (2021). Ähnlich auch MISS. CODE ANN. § 41-41-33 (1)(a)(ii) (2019). Vgl. Rewire News Group, Legislative Tracker, Texas Woman's Right to Know Act (SB 835). Vgl. ROJAS RICK, Inside the Last Abortion Clinic in Mississippi, in: New York Times vom 30. November 2021 mit dem Hinweis auf den Umgang mit derselben Anforderung in Mississippi.

97 Gemäss TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.012 (4)(C) (2021) sind die Dimensionen des Embryos oder Fötus, eine allfällige Herzaktivität, Gliedmassen und innere Organe zu beschreiben.

98 So SANGER (Fn. 5), S. 118 ff., insb. 127.

99 Vgl. zum Bestrafungscharakter solcher Bestimmungen die Diskussion im Rahmen von Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416, 442 ff. (1983). Vgl. m. H. SANGER (Fn. 5), S. 29.

### 5.1.2 Wartefristen

Wie viele andere Staaten sah Texas neben den strengen Informations- und Beratungspflichten auch bereits seit vielen Jahren eine Wartefrist von grundsätzlich 24 Stunden zwischen Beratung und Abbruch vor.<sup>100</sup> Eine Ausnahme war lediglich für Personen vorgesehen, die mehr als 100 Meilen von der nächsten Abtreibungsklinik entfernt wohnen.<sup>101</sup> Derartige gesetzliche Wartefristen zwischen der Beratung und der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs waren in vielen Staaten bereits seit Jahren und Jahrzehnten vorgesehen und wurden von Gerichten grundsätzlich als zulässig betrachtet.<sup>102</sup>

Diese Einschätzung erscheint mit Blick auf die medizinische Versorgungslage in Texas in den Jahren vor der Verwerfung von *Roe* und *Casey* fraglich. So liessen sich im Jahr 2021 in Texas zwar in den grossen Städten wie Dallas, Fort Worth, San Antonio oder Houston noch Anbieter für Schwangerschaftsabbrüche finden, die Gebiete ausserhalb dieser Ballungszentren waren jedoch abtreibungstechnisch schon damals eigentliche Wüsten: Die ACLU Texas etwa ging Ende 2021 davon aus, dass im Bundesstaat beinahe eine Million Frauen im gebärfähigen Alter über 150 Meilen von einem Anbieter entfernt lebten.<sup>103</sup> Auf beinahe 30 Millionen Einwohner im gesamten Bundesstaat kamen im Januar 2022 nur noch gerade 20 (!) Abtreibungskliniken.<sup>104</sup>

Als entsprechend problematisch sind Wartefristen unter diesen Umständen einzuordnen.

### 5.1.3 Umgang mit Minderjährigen

Nach der unter *Roe* und *Casey* geltenden Rechtsprechung galt es ebenfalls als zumutbar, von Minderjährigen für einen Schwangerschaftsabbruch die Zustimmung eines Elternteils bzw. Erziehungsberechtigten zu verlangen. Für Fälle, in welchen die Zustimmung nicht eingeholt werden konnte oder eine Minderjährige diese nicht einholen wollte, hatten Staaten ein sogenanntes *judicial bypass*-Verfahren vorzusehen. Statt der Eltern bzw. Erziehungsberechtigten entschied in solchen Fällen ein Gericht, ob die minderjährige Schwangere reif genug war, sich einen informierten Willen über einen Abbruch zu bilden, und ob der Abtreibung entsprechend zuzustimmen war.<sup>105</sup>

Derartige Regelungen der elterlichen Zustimmung, verbunden mit der Möglichkeit eines *judicial bypass*, waren zwischen 2010 und 2022 in 39 von 50 US-Bundesstaaten in Kraft,<sup>106</sup> so auch in Texas.<sup>107</sup>

100 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.012 (4) (2021).

101 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.012 (4) (2021). Danach reduziert sich die Frist auf 2 Stunden, wenn die Schwangere bestätigen kann, dass sie über 100 Meilen vom nächsten Anbieter entfernt lebt.

102 Vgl. grundlegend *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 881ff. (1992).

103 ACLU Texas, *Abortions in Texas* (<https://www.aclutx.org/en/know-your-rights/abortion-texas>).

104 Vgl. *Avow Texas/Lilith Fund, Abortion is Healthcare* (<https://needabortion.org/clinics/>).

105 Vgl. Hinweise im Kapitel 3 auf *Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132 (1976); *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979); *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990).

106 SANGER (Fn. 5), S. 154.

107 TEX. FAM. CODE ANN. § 33.011 ff. (2021).

Damit zementierten diese Staaten den Grundsatz, wonach ein Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper volljährigen, nicht aber minderjährigen Schwangeren zukam. Dies implizierte, dass bei fehlender elterlicher Zustimmung die zuständigen Gerichte festzustellen hatten, ob «die Minderjährige reif genug und ausreichend informiert sei, ohne elterliche Zustimmung oder Information einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen».<sup>108</sup> Damit ging einher, dass als «unreif» eingestufte minderjährige Schwangere dazu gezwungen wurden, eine Schwangerschaft auszutragen und grundsätzlich Mutter zu werden.

Diese Praxis erscheint insbesondere problematisch, da die Verpflichtung einer elterlichen und vor allem diejenige einer gerichtlichen Zustimmung mitunter als gezieltes «an den Pranger stellen» der minderjährigen Schwangeren instrumentalisiert wurde.<sup>109</sup> Abschätzbare Aussagen und die Tatsache, dass die Betroffenen in solchen Verfahren Fremden gegenüber über intime Details Auskunft geben mussten, gaben den unter dem Vorwand des Schutzes von Minderjährigen geführten Verfahren den Charakter einer Stigmatisierung und Pönalisierung der Betroffenen.<sup>110</sup> Es lässt sich deshalb argumentieren, dass durch diese Verfahren und die Aufnahme intimer Details in die publizierten Urteile eine Form des modernen (wenn auch mehr oder weniger anonymisierten) Prangers geschaffen wurde, der in dieser Ausgestaltung gar primär dem Zweck der informellen Bestrafung von Minderjährigen dienen sollte.<sup>111</sup>

#### 5.1.4 Administrative und finanzielle Hürden

Abtreibungen wurden in Texas weiter auch über administrative und finanzielle Hürden im Gesundheitswesen erschwert, welche – als Hürde für die Anbieter – Schließungen von Kliniken bewirkten, wie eine texanische Gesetzesänderung von 2013 zeigte:

Im Jahr 2013 nahm der texanische Gesetzgeber neue Bestimmungen in den *Health and Safety Code* auf. Danach mussten Ärztinnen und Ärzte, welche Abbrüche durchführten, in einem Spital nicht weiter weg als 30 Meilen als Belegärzte registriert sein. An Abtreibungskliniken wurden zudem die gleichen Anforderungen bzgl. zu erfüllender Standards gestellt wie an ambulante Kliniken.<sup>112</sup> Zudem durften Schwangerschaftsabbrüche ab bzw. nach der 16. Schwangerschaftswoche gemäss § 171.004 nur in ambulanten Kliniken durchgeführt werden. In der Folge schlossen bis 2016 21 von 40 Kliniken im Bundesstaat.<sup>113</sup>

108 TEX. FAM. CODE ANN. § 33.003 (i)(1) (2021).

109 SANGER verweist u. a. auf folgende Beispiele: Die nötige Reife von minderjährigen Schwangeren wurde etwa verneint, weil sich die betroffenen Frauen in diese Situation «manövriert» hätten. Ebenfalls wurde argumentiert, dass der Wunsch, abzutreiben, eine Angst vor der mit einer Mutterschaft verbundenen Verantwortung darstelle, was ein Zeichen von unzureichender Reife sei. SANGER (Fn. 5), S. 156 ff.

110 Vgl. dazu SANGER (Fn. 5), S. 158 ff. Vgl. Hinweise Kapitel 5.2.

111 Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 158 ff.

112 *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) (slip op., at 1 f.).

113 URA ALEXA et al., *Here Are the Texas Abortion Clinics That Have Closed Since 2013*, in: *The Texas Tribune* vom 28. Juni 2016.

Diese Neuerungen von 2013 wurden vom U.S. Supreme Court in *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* für verfassungswidrig befunden.<sup>114</sup> In einer 5:4-Entscheidung hielt das Gericht fest, dass bei der Überprüfung des *undue burden* der (angebliche) staatliche Nutzen der Regelung gegen die Belastung für die betroffenen Schwangeren abgewogen werden müsse. Da die infrage stehenden Regelungen keinerlei medizinischen Nutzen aufwiesen, der die durch sie entstehende Belastung für die Betroffenen hätte rechtfertigen können, müssten sie als unzumutbar und deshalb verfassungswidrig gelten.<sup>115</sup>

Dieser «Rückschlag» durch das Urteil von 2016 hielt den texanischen Gesetzgeber jedoch nicht vom Erlass weiterer einschränkender Bestimmungen ab: So erliess Texas 2018 eine weitere Beschränkung, welche die Deckung von Abtreibungen durch Krankenkassen untersagte.<sup>116</sup>

## 5.2 Kumulative Auswirkungen

Derartige administrative Hürden, engmaschige gesetzliche Vorgaben und politische und gesellschaftliche Anfeindungen gegenüber Anbietern<sup>117</sup> dürften entsprechend auch die Ursache für die bereits seit Jahren zunehmend schlechte Versorgungslage sein, mit den angesprochenen nur noch 20 Anbietern im gesamten Bundesstaat Texas Anfang 2022 und den langen Anreisewegen für viele Betroffene.

Damit akzentuierten die durch administrative und finanzielle Anforderungen geschaffenen Hürden die Problematik der in sich bereits rechtlich fraglichen Regeln zusätzlich. Die grundsätzlich geltende Wartezeit von 24 Stunden<sup>118</sup> zwischen Beratung und Abbruch, kumuliert mit dem Verbot der Übernahme der Kosten durch Krankenkassen und der schlechten Versorgungslage, bewirkte faktisch, dass es Betroffenen in vielen Fällen kaum möglich gewesen sein dürfte, eine Abtreibung ohne Information bzw. Wissen eines allfälligen Lebens- oder Ehepartners durchzuführen; schlicht weil sich Abwesenheit und Kosten regelmässig nur schwierig erklären bzw. von nahestehenden Personen verbergen liessen. Dies ist insofern relevant, als in *Casey* eine solche Informationspflicht des Ehepartners explizit als verfassungswidrig eingestuft wurde.<sup>119</sup>

## 5.3 Schlussfolgerung

Regeln wie diejenige des *Texas Women's Right to Know Act* rieben sich aus den erwähnten Gründen gerade in mehrfacher Hinsicht mit dem damals unter *Roe* und *Casey* gelten-

114 *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016). Vgl. zu analogen Bestimmungen in *Louisiana June Medical Services L.L.C. v. Russo*, 591 U.S. \_ (2020).

115 *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) (slip op., at 19 ff.).

116 TEX. INS. CODE ANN. § 1218 ff. (2017).

117 Vgl. zur Situation in Mississippi ROJAS (Fn. 96). Vgl. ausführlich COHEN DAVID S./CONNOR KRISTEN, *Living in the Crosshairs: The Untold Stories of Anti-Abortion Terrorism*, New York 2015, S. 75 ff.

118 Gemäss TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.012 (4) (2021) reduziert sich die Frist auf 2 Stunden, wenn die Schwangere bestätigen kann, dass sie über 100 Meilen vom nächsten Anbieter entfernt lebt. Vgl. Kapitel 5.1.3.

119 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 887 ff. (1992).



den Verfassungsrecht. Nicht nur höhnten sie faktisch in ihren kumulativen Auswirkungen das Verbot von Informationspflichten des Ehepartners aus, auch enthielten sie mit den Anforderungen bezüglich Information und Zustimmung bei Minderjährigen klar pönalisierende Elemente und stellten so in ihren faktischen Auswirkungen das verfassungsrechtliche Verbot der Bestrafung von Abbrüchen vor Lebensfähigkeit des Fötus infrage.<sup>120</sup>

Die texanische Regelung von Schwangerschaftsabbrüchen schaffte entsprechen seit 2003 kumulativ Hürden und Schikanen, welche mit *Casey* zwar formell vereinbar waren, die dort verankerten Rechte zumindest faktisch jedoch erheblich infrage stellten.

## 6 Vorbereitungen für eine Verwerfung von Roe und Casey

### 6.1 Klar verfassungswidrige Regelungen

Texas lotete die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen, wie im vorhergehenden Kapitel festgehalten, bereits länger konsequent aus. Diese Entwicklung hat sich mit dem Inkrafttreten des *Texas Heartbeat Act*<sup>121</sup> im September 2021 noch weiter zugespitzt. Diese Ergänzung des *Texas Health and Safety Code* untersagt in § 171.204 Schwangerschaftsabbrüche, sobald ein Herzschlag des Embryos auszumachen ist. Eine Ausnahme vom Verbot ist gemäss § 171.205 lediglich für medizinische Notfälle vorgesehen; andere Ausnahmen – etwa für Schwangerschaften resultierend aus einer Vergewaltigung – kennt das Gesetz nicht.

Da eine «Herzaktivität»<sup>122</sup> bei einem Embryo typischerweise bereits ab ungefähr der sechsten Schwangerschaftswoche festgestellt werden kann,<sup>123</sup> kommt eine solche Regelung einem faktischen Verbot von Schwangerschaftsabbrüchen gleich; denn zu diesem Zeitpunkt sind sich viele Schwangere ihrer Schwangerschaft noch gar nicht bewusst oder haben diese eben erst bemerkt.<sup>124</sup>

In § 171.206 wird weiter festgehalten, dass die Bestimmungen des *Texas Heartbeat Act* nicht so zu verstehen seien, dass vor dem Herzschlag des Embryos ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch bestehe. Die 2021 erlassenen Bestimmungen negierten also die Existenz des in *Roe* geschaffenen und in *Casey* bestätigten, damals noch geltenden verfassungsmässigen Rechts vollumfänglich.

Deutlich wird im Vergleich zwischen der Ergänzung von 2021 und dem vorher geltenden Recht auch der verstärkte Versuch, über die gewählte Terminologie Embryonen

120 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 869 f. (1992). Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 158 ff.

121 *Tex. B. An.*, S.B. 8, 87th Leg., Reg. Sess. (Tex. 2021).

122 Vgl. mit dem Hinweis, dass der Begriff «Herzschlag» in diesem Entwicklungsstadium irreführend ist IRVINE BETHANY, *Why «heartbeat bill» is a misleading name for Texas' near-total abortion ban*, in: *The Texas Tribune* vom 2. September 2021.

123 Vgl. für viele ACLU Texas, *Abortion in Texas* (<https://www.aclutx.org/en/know-your-rights/abortion-texas>).

124 Vgl. für viele IRVINE (Fn. 122).

und Föten so weit als möglich geborenem Leben anzunähern. Bereits in älteren Bestimmungen war vereinzelt vom «ungeborenen Kind» die Rede.<sup>125</sup> Mit der Änderung im *Texas Heartbeat Act* bezeichnet nun gemäss § 171.201 (7) der Begriff *unborn child* allgemein menschliche Föten und Embryonen. Dies ist insofern relevant, als mit der Verwendung von «ungeborenem Kind» anstelle von «Fötus» oder «Embryo» der Charakter von ungeborenem Leben als gleichwertiges und gleich zu schützendes Leben bekräftigt wird. Damit wird unausweichlich die Aussage impliziert, dass Abtreibungen Tötungen zumindest sehr ähnlich sind und Schwangere, die abtreiben, und an Abbrüchen Beteiligte sich entsprechend quasi einer vorsätzlichen Tötung schuldig machen.<sup>126</sup>

Bemerkenswert ist die neue Regelung darüber hinaus, weil für ihre Durchsetzung nicht wie üblich staatliche Organe, sondern ausschliesslich Private zuständig sind.<sup>127</sup> Dies bedeutet konkret, dass jede Privatperson ermächtigt ist, ein zivilrechtliches Verfahren gegen eine Person anzustreben, die an einer unzulässigen Abtreibung beteiligt ist, die Durchführung einer solchen ermöglicht oder dabei – etwa auch nur durch die Übernahme der Kosten – behilflich ist.<sup>128</sup> Entsprechend schwierig gestalten sich (zügig-) Beschwerden gegen die neuen Bestimmungen.<sup>129</sup>

Nicht nur Texas, sondern auch weitere Staaten haben in den letzten Jahren Regelungen erlassen, die dem bis 2022 verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch klar widersprechen.<sup>130</sup> Mississippi beispielsweise verbietet im *Gestational Age Act* von 2018 mit wenigen Ausnahmen Schwangerschaftsabbrüche ab der 15. Schwangerschaftswoche<sup>131</sup> und überholte diese bereits sehr restriktive Regelung nur ein Jahr später mit einem Verbot von Abbrüchen ab der sechsten Schwangerschaftswoche.<sup>132</sup> Weitere Staaten erliessen in den folgenden Jahren ebenfalls Verbote von Abbrüchen in frühen Stadien der Schwangerschaft oder untersagten diese sogar vollumfänglich,<sup>133</sup> wobei regelmässig parallele und sich gegenseitig überholende Vorschläge für noch restriktivere Regeln zu beobachten sind.<sup>134</sup>

125 Etwa TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.042 (1) (2021).

126 Vgl. SANGER (Fn. 5), S. 21, 34.

127 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.207 ff. (2021) («The requirement of this subchapter shall be enforced exclusively through the private civil enforcement actions described in section 171.208. [...]»).

128 TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.208 (2021). Die Bestimmung dehnt die möglichen Beklagten weit aus und erlaubt sogar einer Klage gegen Personen, die lediglich beabsichtigen, eine verbotene Handlung durchzuführen.

129 Vgl. Hinweise Kapitel 6.2.

130 Ähnlich wie Texas etwa Oklahoma (63 OKL. STAT. ANN. § 1–745.34).

131 MISS. CODE ANN. § 41–41-191 (4) (2018).

132 Vgl. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 58).

133 Vgl. mit entsprechenden Hinweisen auch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 58).

134 Illustrativ etwa Louisiana (LA. CODE RS 40:1061 ff.) mit den üblichen restriktiven Regeln, einem Verbot von Abbrüchen ab der 20. Schwangerschaftswoche (seit 2012), einem provisorischen Verbot ab Feststellbarkeit eines «Herzschlags» (seit 2018), einem generellen Verbot im Falle einer Verwerfung von *Roe* und *Casey* (seit 2006) und zwei parallelen Gesetzesvorschlägen mit absoluten Verboten (S. La. 22, S.B. 388, Reg. Sess. (La. 2022); H. La. 22, H.B. 813, Reg. Sess. (La. 2022)). Vgl. etwa

Während derartige Regelungen unter *Roe* und *Casey* klar als verfassungswidrig einzustufen waren, so war ihr Erlass in den Jahren seit 2018 keine Überraschung. Denn die Frage der verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser und ähnlicher Bestimmungen war mit einer neuen Zusammensetzung des U.S. Supreme Court ab 2018 und verstärkt ab 2020 erneut weit offen.<sup>135</sup>

## 6.2 Personelle Veränderung am U.S. Supreme Court

Im Sommer 2018 trat Justice Kennedy als Richter vom U.S. Supreme Court zurück. Justice Kennedy war zwar von einem republikanischen Präsidenten ernannt worden,<sup>136</sup> hatte jedoch in den letzten Jahren vor seinem Rücktritt in mehreren prominenten Fällen der liberalen Seite eine Mehrheit beschert.<sup>137</sup> Seinen Sitz am Gericht nahm der konservative Justice Kavanaugh ein. Im Herbst 2020 wurde die konservative Richterin Barrett als Nachfolgerin, der im Herbst 2020 verstorbenen liberalen Richterin Ginsburg bestätigt.

Mit diesen zwei Neubesetzungen in kurzer Zeit war der U.S. Supreme Court im Vergleich zu 1992 noch einmal deutlich konservativer geworden;<sup>138</sup> in der Lehre wird sogar der Begriff eines «reaktionären» Gerichts verwendet.<sup>139</sup> So stammen heute sechs der neun Mitglieder des Gerichts aus den Reihen der *Federalist Society*,<sup>140</sup> einer Gruppierung, welche mit dem Zweck gegründet wurde, die grundrechtlichen Errungenschaften des Warren Court<sup>141</sup> und insbesondere das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangeren-

---

auch ARK. CODE ANN § 5–61–302 (2019) mit dem Hinweis auf Abtreibungen als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit und einer Aufforderung, *Roe* und *Casey* zu verwerfen.

135 Vgl. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 57 f.) (u. a. mit Hinweis auf eine entsprechende Äusserung durch einen Senator aus Mississippi).

136 Vgl. zur Nominierung von Justice Kennedy TOOBIN (Fn. 58), S. 23, 212 ff.

137 Etwa *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) (als Autor); *U.S. v. Windsor*, 570 US 744 (2013) (als Autor).

138 Etwa TOTENBERG NINA, *The Supreme Court is the most conservative in 90 years*, in: NPR vom 5. Juli 2022.

139 So etwa GREENE JAMAL, *Why Is This Happening. Unpacking the most conservative Supreme Court in nearly a century with Jamal Greene: podcast and transcript*, in: MSNBC Podcast.

140 FELDMAN NOAH, *Takeover: How a Conservative Student Club Captured the Supreme Court*, in: Pushkin Audiobook. Vgl. zur konservativeren Zusammensetzung auch MARCUS RUTH, *The Rule of Six: A newly radicalized Supreme Court is poised to reshape the nation*, in: *Washington Post* vom 28. November 2021.

141 Der Begriff «Warren Court» bezeichnet die Phase des U.S. Supreme Court unter Chief Justice Earl Warren von 1953 bis 1969.

schaftsabbruch rückgängig zu machen.<sup>142</sup> Im Herbst 2020 schien dieses Ziel mit einer zuverlässig konservativen und *Roe*-kritischen Mehrheit erstmals gesichert.<sup>143</sup>

Fraglich war im Jahr 2021 also nicht, ob das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch vor Lebensfähigkeit des Fötus vom U.S. Supreme Court demnächst verworfen würde, sondern die Frage war, wie eine solche Verwerfung erfolgen, wie weit das Gericht dabei gehen würde und in welchem Fall *Roe* und *Casey* fallen würden.

Die Konstruktion des *Texas Heartbeat Act* mit der Rechtsdurchsetzung durch Private stellte eine Beschwerde gegen die neuen texanischen Bestimmungen vor signifikante prozessuale Hürden: So fehlte es gemäss U.S. Supreme Court aufgrund der Durchsetzung der Bestimmungen im Zivilverfahren insbesondere an beschwerdelegitimierten Klägerinnen. Der Gerichtshof hatte einzig Beschwerden der Anbieter von Schwangerschaftsabbrüchen zugelassen; nicht zugelassen als Kläger wurden hingegen Mitarbeiter und Richterinnen von texanischen Gerichten. Abgewiesen wurde auch eine Beschwerde der U.S. Regierung.<sup>144</sup>

Als Leitentscheid zur Neuordnung der verfassungsrechtlichen Regeln zu Schwangerschaftsabbrüchen bot sich deshalb nicht ein texanischer Fall, sondern ein Fall aus Mississippi an: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.

---

142 Allgemein zur Federalist Society HOLLIS-BRUSKY AMANDA, *Ideas with Consequences*, The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution, New York 2015. Dass das «Überleben» von *Roe* von der Besetzung des Supreme Court abhängen wird, hatte Justice Blackmun schon in seiner separaten Meinung in *Casey* festgehalten: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 943 (1992). («In one sense, the Court's approach is worlds apart from that of The Chief Justice and Justice Scalia. And yet, in another sense, the distance between the two approaches is short—the distance is but a single vote. I am 83 years old. I cannot remain on this Court forever, and when I do step down, the confirmation process for my successor well may focus on the issue before us today. That, I regret, may be exactly where the choice between the two worlds will be made.»).

143 Gesichert etwa mit Blick auf entsprechende Äusserungen der Richter in der Vergangenheit. Eindeutig für Justice Thomas, vgl. etwa *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, 591 U.S. \_\_ (2020) (Thomas, J., dissenting) (slip op., at 14 ff.). Ebenfalls deutlich für Justice Kavanaugh, vgl. etwa *Garza v. Hargan*, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (Kavanaugh dissenting). In der Nomination von Justice Barrett wurde insbesondere ihre Unterstützung einer Werbekampagne diskutiert, die *Roe* «barbarisch» nannte (vgl. etwa KIRCHGAESSNER STEPHANIE, *Revealed: Amy Coney Barrett supported group that said life begins at fertilization*, in: *The Guardian* vom 1. Oktober 2020).

144 *U.S. v. Texas*, 595 U.S. \_\_ (2021); *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. \_\_ (2021). Mit einer Übersicht (Stand Dezember 2021) der verschiedenen, laufenden Beschwerden gegen die neuen Bestimmungen SULLIVAN BECKY, *What happens next in abortion providers' fight to challenge the Texas law*, in: *NPR* vom 10. Dezember 2021.

## 7 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (2022)

### 7.1 Mississippi Gestational Age Act

In *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>145</sup> stand der 2018 in Mississippi erlassene *Gestational Age Act* zur Debatte. Diese Ergänzung des *Public Health Code*<sup>146</sup> verbietet, wie oben bereits kurz erwähnt, Schwangerschaftsabbrüche ab der 15. Schwangerschaftswoche. Ausnahmen sind lediglich für medizinische Notfälle und schwere Anomalien des Fötus vorgesehen.<sup>147</sup>

Damit war die Regelung, wie der bereits oben angesprochene *Texas Heartbeat Act*, nach den unter *Roe* und *Casey* geltenden verfassungsrechtlichen Regeln unzulässig, denn sie verbietet Abbrüche weit vor der Lebensfähigkeit des Fötus. Damit bewegen sich die Bestimmungen auch nicht in einer vor 2022 verfassungsrechtlich unklaren Zone. Ihr bewusst verfassungswidriger Erlass und das Herantragen eines Rechtsstreits an den U.S. Supreme Court bezweckte im Gegenteil gerade das Herbeiführen einer Änderung der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung.<sup>148</sup>

*Dobbs* wurde am 1. Dezember 2021 vor dem U.S. Supreme Court verhandelt. Im Vordergrund der Argumentation und der Fragen durch die Richterinnen und Richter stand dabei unter anderem die Bedeutung von *stare decisis*<sup>149</sup> und von rechtlichen Präzedenzfällen (*precedent*); dies insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Möglichkeiten, Grenzen und der Legitimität des Verwerfens von Entscheiden allgemein und einer Verwerfung von *Roe* und *Casey* im Besonderen.<sup>150</sup> Debattiert wurde etwa der Status von sogenannten *super precedents* oder die Anforderungen an die Verwerfung von vorhergehenden Entscheiden.<sup>151</sup> Damit verbunden wurden auch Fragen der Legitimität des Gerichts aufgeworfen.<sup>152</sup>

145 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022).

146 MISS. CODE ANN. § 41-41-191 (2018).

147 MISS. CODE ANN. § 41-41-191 (4) (2018).

148 Mississippi forderte in den Anträgen von 2021 den U.S. Supreme Court explizit dazu auf, *Roe* und *Casey* zu verwerfen. In der Beschwerdeantwort vom 2. September 2020, also vor Justice Ginsburgs Tod, hatte Mississippi noch anders argumentiert. Vgl. DORF MICHAEL, With Amici Like These: Two Awful Briefs From Mississippi's Insurrectionist Friends, in: Dorf on Law vom 29. November 2021.

149 *Stare decisis* bezeichnet die Doktrin, wonach ein Gericht frühere Entscheidungen desselben oder eines höheren Gerichts, welche dieselben Rechtsfragen aufwerfen, zu befolgen hat. Vgl. Garner Bryan A. (Hrsg.), *Black's Law Dictionary*, 6. Aufl., Toronto 2021, Stichworte «*stare decisis*» und «*precedent*».

150 Oral Argument at 08.20 ff., 15.05 ff., 22.45 ff., 41.50 ff. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, (No. 19-1392).

151 Oral Argument at 06.35 ff., 23.51 ff., 1:04.50 ff., *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, (No. 19-1392).

152 Oral Argument at 12.50 ff. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, (No. 19-1392) (Justice Sotomayor: «The newest ban that Mississippi has put in place, the six-week ban, the Senate sponsors said we're doing it because we have new justices on the Supreme Court. Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts?»).

## 7.2 Argumentation und Schlussfolgerung des Gerichts

Anders noch als 30 Jahre früher in *Planned Parenthood v. Casey*, als *Roe v. Wade* – entgegen allen Prognosen – im Kern bestätigt wurde,<sup>153</sup> verwirft der U.S. Supreme Court in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* mit einer Mehrheit von 6:3-Stimmen<sup>154</sup> *Roe* und *Casey* explizit:

«We [...] hold that the Constitution does not confer a right to abortion. *Roe* and *Casey* must be overruled [...].»<sup>155</sup>

Die Verwerfung von *Roe* und *Casey* «zugunsten» der Staaten<sup>156</sup> wird im Urteil mit einer originalistischen Auslegung<sup>157</sup> der Verfassung begründet. Justice Alito – für die Mehrheit schreibend – argumentiert, dass sich in der Verfassung kein expliziter Hinweis auf ein entsprechendes Recht finden lasse und dass ein solches auch nicht implizit im 5. und 14. Zusatzartikel der Verfassung enthalten sei. Dies da unter diesen Bestimmungen nur Rechte anerkannt würden, die tief in der Geschichte und Tradition der Nation verankert seien.<sup>158</sup> Eine Vielzahl unterschiedlichster Quellen – vom 13. (!) bis ins frühe 20. Jahrhundert – zitierend, stützt die Mehrheit so ihr Argument, wonach das US-amerikanische Recht und das ältere englische *common law* Abtreibungen schon immer teilweise, wenn nicht sogar vollständig verboten hätten.<sup>159</sup> Entsprechend lasse sich aus den Quellen keine Tradition eines Rechts auf Abtreibung, sondern vielmehr eine Tradition eines Verbots extrahieren.<sup>160</sup>

Weiter argumentiert die Mehrheit, dass *Roe* und *Casey* auch nicht als Teil einer stabilen Linie von *precedents* zur Garantie eines Rechts auf Privatsphäre angesehen werden könnten. Diese Ansicht wird damit begründet, dass die Fälle, auf welchen *Roe* und *Casey* aufbauen, keine legitime Basis für die beiden Urteile bildeten; sie seien völlig unterschiedlich, denn anders als die anderen Urteile würden *Roe* und *Casey* Leben zerstören.<sup>161</sup>

153 Vgl. Kapitel 4.1 und 4.2.

154 Im Ergebnis stimmten dem Urteil sechs Richter zu, der Argumentation der Mehrheit schlossen sich allerdings nur insgesamt fünf Richter an; Chief Justice Roberts schrieb eine eigene *concurring opinion*.

155 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 69).

156 Mit dieser Rhetorik des Zurückertrens einer den Staaten «unrechtmässig» entwendeten Regelungskompetenz *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 6) («It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives.»).

157 Vgl. zum *originalism* als «Methode» der Verfassungsauslegung etwa SCALIA ANTONIN, *Originalism, The Lesser Evil*, in: University of Cincinnati Law Review 1989/57, S. 849 ff.; SOLUM LAWRENCE, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, in: Notre Dame Law Review 2015/91, S. 1 ff. Mit einer kritischen Einordnung auf Deutsch REICH JOHANNES, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2017, S. 713 ff. (insb. 727 ff.).

158 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 11 ff.).

159 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 16 ff.). Vgl. aber Kapitel 2.1.

160 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 25).

161 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 30 ff.).

Die Mehrheit kommt deshalb zum Zwischenergebnis, dass die Verfassung kein Recht auf einen Schwangerschaftsabbruch garantieren soll.<sup>162</sup>

Zuletzt geht Justice Alito, für die Mehrheit schreibend, über zur Frage, ob nach der Regel von *stare decisis* trotzdem an den beiden Urteilen festzuhalten sei. Zur Beurteilung dieser Frage sei abzustellen auf die Art des Fehlers der *precedents*, die Qualität der Argumentation, die Praktikabilität der Urteile, die Auswirkungen in anderen Bereichen und allfällige involvierte Interessen des Vertrauensschutzes.<sup>163</sup> In Anwendung dieser Kriterien<sup>164</sup> hält die Mehrheit *Roe* und *Casey* für grobe Fehler,<sup>165</sup> qualifiziert die Argumentation als schlecht (und drückt dabei ihr Missfallen auch sprachlich deutlich aus),<sup>166</sup> wirft den Urteilen fehlende Praktikabilität vor,<sup>167</sup> identifiziert ebenfalls negative Auswirkungen auf andere Rechtsbereiche<sup>168</sup> und sieht – anders als noch *Casey*<sup>169</sup> – insbesondere auch keine relevanten Vertrauensschutzinteressen von betroffenen Frauen involviert.<sup>170</sup>

Die Mehrheit kommt deshalb zum Schluss, dass *Roe* und *Casey* zu verwerfen seien und Regelungen wie der infrage stehende *Gestational Age Act* lediglich danach zu überprüfen seien, ob sie ein legitimes öffentliches Interesse verfolgen.<sup>171</sup> In der Anwendung dieses Standards als legitime Interessen gelten «der Respekt und Erhalt von vorgeburtlichem Leben in allen Entwicklungsstufen,<sup>172</sup> der Schutz der Gesundheit der Mutter, die Beseitigung besonders grausamer und barbarischer medizinischer Verfahren, der Erhalt der beruflichen Integrität des medizinischen Berufsstandes, die Minderung von fetalen Schmerzen und die Verhinderung von Diskriminierung aufgrund von Rasse, Geschlecht oder Behinderung».<sup>173</sup> Die Regelung aus Mississippi wird demnach als verfassungsmäßig eingestuft.<sup>174</sup>

162 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 35).

163 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 43).

164 Bzgl. Formulierung und Auswahl der Kriterien wird primär auf *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. \_ (2018) (slip op., at 34 f.) und *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. \_ (2020) (Kavanaugh, J., concurring) (slip op., at 7 ff.) verwiesen.

165 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 43 ff.). Vgl. insbesondere die Erwähnung von *Roe* im gleichen Atemzug wie *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

166 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 45 ff.).

167 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 56 ff.). A.A. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 855 (1992).

168 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 62 f.).

169 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 856 ff. (1992).

170 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 63 ff.). A.A. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 856 ff. (1992).

171 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 77).

172 Bemerkenswert ist auch die nicht näher begründete Hinterfragung und Umdeutung des gegenstehenden Interesses im Vergleich zu *Roe* und *Casey* (dort noch potenzielles Leben) über das gesamte Urteil hinweg. Vgl. etwa Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 32, 78).

173 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 78).

174 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 78).

### 7.3 Kritik

Das Urteil und die Art und Weise der Argumentation der Mehrheit lassen sich in mehrfacher Hinsicht kritisieren.

Zunächst wirft insbesondere die originalistische Auslegung, die – so die Idee des *originalism* – auf das Verständnis der Verfassung zum Zeitpunkt ihres Erlasses abstellt,<sup>175</sup> Fragen auf.

In dieser Auslegung erfolgt die Auswahl der historischen Quellen äusserst eklektisch (bzw. exzentrisch). Die Mehrheit stellt auf Quellen zum Zeitpunkt der Ratifikation des 14. Zusatzartikels in den 1860er-Jahren, aber auch auf englische Quellen aus dem 18. oder gar dem 13. Jahrhundert ab.<sup>176</sup> Durch diese Auswahl wird suggeriert, dass es eine lange andauernde Tradition von Verboten von Schwangerschaftsabbrüchen gäbe.<sup>177</sup> Dies ist zumindest irreführend, denn das englische Recht betrachtete Schwangerschaftsabbrüche erst nach dem sogenannten *quickening*<sup>178</sup> als Abbrüche, und Verbote von Abbrüchen über die gesamte Zeit der Schwangerschaft begannen sich in den Vereinigten Staaten erst Mitte bis Ende des 19. Jahrhunderts durchzusetzen.<sup>179</sup> Entsprechend liesse sich auch argumentieren, dass die über die Jahrhunderte betrachtete Tradition im Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen der in *Roe* und *Casey* gewählten Lösung sehr nahe liegt.<sup>180</sup>

Auch blendet die Mehrheit in ihrer «historischen» Auslegung den im Rahmen des 14. Zusatzartikels relevanten Kontext der Sklaverei aus: MURRAY etwa weist darauf hin, dass der 14. Zusatzartikel als Teil der *Civil War Amendments*<sup>181</sup> im Kontext der Abschaffung der Sklaverei durchaus dahin gehend verstanden werden sollte, dass dem Konzept von Freiheit (*liberty*) zentrale Aspekte der körperlichen, sexuellen und reproduktiven Selbstbestimmung innewohnen; war die fehlende Selbstbestimmung über den eigenen Körper und die eigene Reproduktion gerade eines der zentralen Übel der Sklaverei.<sup>182</sup>

Sogar wenn ein historisches Verständnis und der Kontext der 1860er-Jahre zur Auslegung des 14. Zusatzartikels heute also relevant sein sollten, lässt sich aus der Geschichte

---

175 Für viele REICH (Fn. 157), S. 728.

176 In einem nur einen Tag zuvor publizierten Urteil wurde hingegen die Relevanz derart alter Quellen infrage gestellt. Vgl. *NYSRPA v. Bruen*, 597 US \_ (2022) (slip op., at 26).

177 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 15 ff.).

178 I. d. R. verstanden als der Moment, in dem Bewegungen des Fötus spürbar waren, d. h. ungefähr zwischen der 16. und 18. Schwangerschaftswoche. Vgl. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 16); *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 13); SIEGEL (Fn. 4), S. 282.

179 Vgl. Ausführungen Kapitel 2.1.

180 So auch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 13 f.).

181 Als *Civil War Amendments* oder *Reconstruction Amendments* werden die nach dem Bürgerkrieg ratifizierten 13.-15. Zusatzartikel bezeichnet.

182 MURRAY MELISSA, *Roe v. Wade: Law Professors Break Down What Happened*, in: *The Problem With John Stuart* vom 30. Juni 2022, at 7:14. Vgl. auch MURRAY MELISSA, *Race-ing Roe: Reproductive Justice, Racial Justice, and the Battle for Roe v. Wade*, in: *Harvard Law Review* 134/2021, S. 2033 f.; DIRKS SANDHYA *Abortion is also about racial justice, experts and advocates say*, in: NPR vom 14. Mai 2022.



auch für die Subsumtion eines Rechts auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch als Teilgehalt dieser Bestimmung argumentieren.

Allerdings ist grundsätzlich fraglich, inwiefern das traditionelle Verständnis von Rechten im 19. oder gar 18. Jahrhundert für die Auslegung von Grundrechten in einer sich bis heute stark veränderten Gesellschaft relevant sein sollte. Dies gilt im Besonderen im Kontext des Selbstbestimmungsrechts bezüglich Schwangerschaft, welches gerade primär die Rechte von Angehörigen einer Gruppe (Frauen) beschlägt, die als selbstständige Individuen mit (gleichen) Rechten zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Bestimmungen schlicht nicht existierten.<sup>183</sup>

Nicht überzeugend ist sodann die Argumentation, wonach *Roe* und *Casey* fundamental andere Rechtsfragen beschlagen und – in der etwas überspitzten Formulierung des *dissents* – aus dem Nichts kamen und zu nichts führten.<sup>184</sup> *Roe* und *Casey* sind nicht fundamental anders, sondern Lehre und Rechtsprechung anerkannten bisher, dass die beiden Urteile auf einer Rechtsprechung zur Selbstbestimmung bezüglich zentraler persönlicher Fragen der Familie und Sexualität aufbauen und selbst Teil einer Rechtsprechungslinie sind, die sich darauf aufbauend weiterentwickelte.<sup>185</sup>

Problematisch erscheint weiter auch die Abkehr der Mehrheit von einem der üblicherweise zentralen Gründe für die Aufhebung von *precedents*. Um von einem vorgängigen Urteil abzuweichen und dieses zu verwerfen, verlangt der U.S. Supreme Court traditionell insbesondere auch das Vorliegen wesentlicher rechtlicher oder faktischer Veränderungen.<sup>186</sup> Inwiefern sich seit der Bestätigung von *Roe* in *Casey* derartige wesentliche Veränderungen zugetragen hätten, diskutiert die Mehrheit nicht. Sie hält primär deshalb nicht an *Roe* und *Casey* fest, weil *Roe* (und *Casey*) als «egregiously wrong» eingestuft werden.<sup>187</sup> Dies ist im Fall von *Roe* und *Casey* besonders problematisch, da *Casey* eben diese Frage der Zulässigkeit und Legitimität einer Verwerfung eingehend diskutiert und verneint hatte.<sup>188</sup> Es wäre deshalb zwingend notwendig gewesen, darzulegen, weshalb die Mehrheit nun diesbezüglich zu einem anderen, von *Casey* abweichenden Schluss kommt.

Seltsam dissoziiert von den rechtlichen und politischen Realitäten ist auch die Formulierung der Entscheidung für bzw. gegen ein Selbstbestimmungsrecht bezüglich

---

183 So auch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 14 f.).

184 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (slip op., at 32). Vgl. die Kritik in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 6 («To hear the majority tell the tale, *Roe* and *Casey* are aberrations: They came from nowhere, went nowhere – and so are easy to excise from this Nation's constitutional law. That is not true.») (slip op., at 20) («But that is flat wrong. The Court's precedents about bodily autonomy, sexual and familial relations and procreation are all interwoven – all part of the fabric of our constitutional law, and because that is so, of our lives. Especially women's lives, where they safeguard a right to self-determination.»).

185 Vgl. zu den *precedents* Kapitel 2.1. Aufbauend etwa *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

186 Etwa *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 860 (1992) (m. w. H.).

187 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (slip op., at 43 ff. (insb. 44)).

188 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 ff. (1992).

Schwangerschaftsabbrüchen als Staatenangelegenheit und als ein «Mehr» an Demokratie.<sup>189</sup> Die Mehrheit blendet damit aus, dass es in vielen Fällen gerade der Zweck des U.S. Supreme Court ist und war, Angehörige rechtlich und faktisch schlechtergestellter Gruppen (u. a. auch Frauen) in ihren Rechten zu schützen, weil die Demokratie in den Staaten diesen Schutz von Rechten teilweise nicht gewährleisten kann und konnte.<sup>190</sup>

Beinahe arrogant wirkt weiter die Art und Weise, in welcher die Mehrheit die Rechte bzw. die Dimension der Entscheidung für Frauen und alle potenziell Schwangeren ausblendet.<sup>191</sup> *Roe* und *Casey* anerkannten aufseiten der Schwangeren Rechte der Autonomie, der Menschenwürde und der Rechtsgleichheit. Ebenfalls unterstrichen sie die Bedeutung des Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen für die persönliche Lebensgestaltung von Frauen.<sup>192</sup> Diese Rechte und mit ihnen die Kontrolle von Frauen über die eigene Lebensgestaltung sind in *Dobbs* inexistent<sup>193</sup> bzw. werden als unbedeutend abgetan; Frauen seien nicht ohne politische Macht und könnten sich entsprechend in den politischen Prozess einbringen.<sup>194</sup>

Zuletzt zeigt die Mehrheit in ihrem Urteil wenig Respekt vor dem Gericht als Institution. Dies beginnt mit der teils gewählten abschätzigen Sprache<sup>195</sup> und endet mit der Leichtfertigkeit, mit welcher bestehende Grundsätze des Umgangs mit früheren Urteilen über Bord geworfen werden, wodurch die Legitimität des Gerichts gefährdet wird.<sup>196</sup>

Deshalb ist das Urteil nicht nur im konkreten Ergebnis, sondern auch aufgrund der gewählten Argumentation und der Auswirkungen auf die Legitimität des Gerichts problematisch.

---

189 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 6, 65, 79).

190 Vgl. neben *Roe* u. a. etwa *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) (Verbot der Todesstrafe für Personen mit einer geistigen oder intellektuellen Behinderung).

191 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 65). Vgl. die Kritik in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 11 ff.).

192 Besonders deutlich *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 856 (1992) («[T]o do this would be simply to refuse to face the fact that for two decades [...] people have organized intimate relationships and made choices that define their views of themselves and their places in society, in reliance on the availability of abortion in the event that contraception should fail. The ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive lives.»).

193 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 12). («The constitutional regime we enter today erases the woman's interest and recognizes only the State's (or the Federal Government's).»).

194 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 65) («Our decision returns the issue of abortion to those legislative bodies, and it allows women on both sides of the abortion issue to seek to affect the legislative process by influencing public opinion, lobbying legislators, voting, and running for office. Women are not without electoral or political power.»).

195 Etwa *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 2 (wealth of other information having no bearing on the meaning of the constitution), 50 (glaring deficiency), 53 (exceedingly weak reasoning)).

196 Dazu Kapitel 7.4.3.

## 7.4 Konsequenzen des Urteils

### 7.4.1 Unmittelbare Folgen der Verwerfung von Roe und Casey

Die Aufhebung des Rechts einer selbstbestimmten Entscheidung über die Fortführung oder den Abbruch einer Schwangerschaft durch *Dobbs* hat unmittelbar zur Folge, dass Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen wieder zulässig sind und die Staaten über die Einführung und Ausgestaltung solcher Verbote entscheiden können.

Zwar wurde in *Dobbs* lediglich eine Regelung beurteilt, die Abbrüche bis zur 15. Schwangerschaftswoche erlaubt,<sup>197</sup> das Urteil lässt jedoch mit der Verwerfung des Grundrechts und der Aufzählung legitimer Gründe für einschränkende Regeln<sup>198</sup> kaum Zweifel zu, dass auch weitergehende Verbote grundsätzlich zulässig sind.<sup>199</sup>

Einige Staaten werden deshalb alte, nie formell aufgehobene Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen reaktivieren.<sup>200</sup> Zudem haben in den letzten Jahren 13 Staaten sogenannte *trigger laws*<sup>201</sup> erlassen. Diese enthalten teilweise neue Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen und sollen zügig und unkompliziert nach einer Verwerfung von *Roe* und *Casey* in Kraft treten. Insgesamt wird deshalb erwartet, dass in den nächsten Monaten 24 bis 26 Staaten Schwangerschaftsabbrüche weitgehend verbieten werden.<sup>202</sup>

Mit der Aufhebung der Urteile in *Roe* und *Casey* bleibt es auch in der Kompetenz der Staaten, festzulegen, ab wann ein Abbruch als solcher zu definieren und zu verbieten ist. Während etwa Texas Abbrüche aktuell ab der sechsten Schwangerschaftswoche verbietet<sup>203</sup> und Mississippi das Verbot in der 15. Woche ansetzt,<sup>204</sup> sind in anderen Staaten Verbote ab dem Zeitpunkt der Befruchtung geplant oder bereits umgesetzt.<sup>205</sup> Daraus

197 Miss. CODE ANN. § 41–41-191 (2018).

198 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (slip op., at 78).

199 So auch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 2 f.).

200 Vgl. etwa ALA. CODE § 13A-13-7 (2020). Vgl. etwa mit der entsprechenden Bestätigung durch den Gesetzgeber beim Erlass des *Texas Heartbeat Act*, Tex. B. An., S.B. 8, 87th Leg., Reg. Sess., Sec. 2 (Tex. 2021) («The legislature finds that the State of Texas never repealed, either expressly or by implication, the state statutes enacted before the ruling in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), that prohibit and criminalize abortion unless the mother's life is in danger.»).

201 Vgl. etwa Arkansas (ARK. CODE ANN. § 5–61-304 (2022)), Louisiana (LA. CODE RS 40:1061 (2021)), Oklahoma (21 OKLA. STAT. ANN. § 21–684 (2022 – ersetzt durch neue Bestimmung)), Missouri (MO. CODE ANN. § 188.917 (2022)), Wyoming (WYO. STAT. ANN. § 35-6-102-b (2022)).

202 Mit einer Übersicht Center for Reproductive Rights, *What if Roe Fell?*; Guttmacher Institute, *State Bans on Abortion Throughout Pregnancy*.

203 Mit einem derartigen «Herzschlag»-Gesetz auch Louisiana im Jahr 2019 (LA. CODE RS 40:1061.1.3 (2021)).

204 Miss. CODE ANN. § 41–41-191 (2018). Mississippi erliess 2019 ein weitergehendes Verbot (Miss. CODE ANN. § 41–41-34.1 (2022)).

205 So etwa in Arkansas (ARK. CODE ANN. § 5–61-304 und § 5–61-404 (2022)), Alabama (ALA. CODE § 13A-13-7 (2020)), Missouri (MO. CODE ANN. § 188.917 (2022)), Oklahoma (63 OKLA. STAT. ANN. § 1–745.52 (2022)) und South Dakota (S.D. STAT. ANN. § 22–17-5.1 (2022)). Geplant ist ein analoges Verbot etwa in Louisiana (H. La. 22, H.B. 813, Reg. Sess (La. 2022) (Sec. 2)).

wiederum ergeben sich Diskussionen zur Zulässigkeit von Verhütungsmitteln, die nicht (nur) die Befruchtung, sondern (auch) die Nidation verhindern.<sup>206</sup>

Mit Blick auf die zuletzt genannten, enorm restriktiven, weil so früh greifenden Verbote, stellt sich zwingend die Frage, inwiefern solche Verbote Ausnahmen vorsehen müssen, um zulässig zu sein. Oklahoma beispielsweise sieht in seinem ab Befruchtung geltenden Verbot lediglich Ausnahmen für medizinische Notfälle zum Schutz des Lebens der Mutter vor. Eine Ausnahme für Schwangerschaften als Folge von Inzest und Vergewaltigung ist zwar ebenfalls verankert, diese greift jedoch nur, wenn die entsprechenden Taten den Strafverfolgungsbehörden gemeldet wurden.<sup>207</sup> Ob eine solche Regelung vor der Verfassung standhält, ist aktuell völlig offen.

Ebenfalls unklar ist zurzeit, wer Ziel der geplanten und teilweise bereits geltenden Verbote sein wird. Vor den 1970er-Jahren wurden i. d. R. beteiligte Personen, d. h. insbesondere Ärztinnen und Ärzte, nicht aber die Schwangeren selbst für illegale Abbrüche bestraft.<sup>208</sup> Ob auch die Verbote des 21. Jahrhunderts nur die beteiligten Dritten treffen sollen, ist heute unklar. Denn vor dem Hintergrund, dass einzelne Staaten heute menschliches Leben als mit der Befruchtung beginnend definieren und einen Abbruch als vorsätzliche Tötung qualifizieren,<sup>209</sup> erscheint es zumindest möglich, dass auch die Schwangeren selbst Ziele der neuen Bestimmungen sein könnten und bestraft werden sollen.

Ebenfalls scheint es aktuell zulässig und im Ermessen der Staaten, für die Umsetzung ihrer Verbote alternative Durchsetzungsmodelle vorzusehen. Auf dem Vorbild von Texas<sup>210</sup> aufbauend, sind so weitere Staaten dazu übergegangen, die Verbote nicht durch den Staat durchzusetzen, sondern Privaten die Möglichkeit zu geben, an einer Abtreibung mitwirkende Personen anzuzeigen.<sup>211</sup> Diese Form der privaten Durchsetzung hat aus dem Blickwinkel der Staaten wie oben erwähnt den Vorteil, dass das Vorgehen gegen diese Gesetze mangels Beschwerderecht der Behörden deutlich erschwert ist.<sup>212</sup> Ob bzw. wie lange Gerichte bereit sind, derartige prozessuale Umgehungsmechanismen zu tolerieren, bleibt ungeklärt.

Mit Blick auf die Vereinigten Staaten als Ganzes wird das Land im Ergebnis bald (wieder) zweigeteilt sein in Staaten, die das Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch schützen bzw. den Zugang zu Abtreibungen vergleichsweise liberal gewährleisten, und solche, die Abbrüche mit wenigen Ausnahmen verbieten.<sup>213</sup> Folglich werden Schwangere in letzteren Staaten für den Zugang zu legalen Abbrüchen fortan auf

206 Vgl. WINTER JESSICA, The Dobbs Decision Has Unleashed Legal Chaos for Doctors and Patients, in: *New Yorker* vom 2. Juli 2022. Explizit ausgenommen hingegen in einem Vorschlag in Louisiana (S. La. 22, S.B. 388, Reg. Sess. (La. 2022) (Änderung von § 962.2 B)).

207 Okla. H. 22, H.B. 4327, Reg. Sess. (Okla. 2022) (Sec. 2, 2).

208 Vgl. etwa auch heute noch MO. CODE ANN. § 188.017-2; Louisiana, S. La. 22, S.B. 388, Reg. Sess. (La. 2022).

209 So H. La. 22, H.B. 813, Reg. Sess. (La. 2022) (Sec. 2).

210 Vgl. zum Texas Heartbeat Act Kapitel 6.1.

211 So etwa Okla. H. 22, H.B. 4327, Reg. Sess. (Okla. 2022) (Sec. 4).

212 Vgl. Kapitel 4.1.

213 22 Staaten (inkl. D.C.) haben *Roe* auf Staatenebene verankert oder sichern den Zugang anderweitig. Vgl. Übersicht bei Center for Reproductive Rights, What if Roe Fell?.

Reisen in andere Bundesstaaten oder – wo möglich – den postalischen Zugang zu den entsprechenden Medikamenten für medikamentöse Abbrüche angewiesen sein.

Praktisch wird sich dieser grundrechtliche Schritt zurück in die Vergangenheit deshalb insbesondere auf ärmere und sozial schlechtergestellte Schwangere negativ auswirken; ihr Zugang zu legalen Abbrüchen wird in den restriktiv regelnden Staaten unsicher, und mit begrenzten finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten wird ein Ausweichen auf andere Staaten nicht immer machbar sein. Allenfalls ganz von einem Zugang zu Abtreibungen ausgeschlossen sein könnten Schwangere in intensiven Abhängigkeitsverhältnissen zum Staat. Zu denken ist etwa an Personen in Gefängnissen oder in Ausschaffungshaft.<sup>214</sup> Besonders vulnerabel dürften auch Schwangere in Heimen, etwa Minderjährige oder Menschen mit Behinderungen, sowie Militärangehörige sein.<sup>215</sup>

Diese sich abzeichnende Entwicklung ist insbesondere mit Blick auf die Gründe der Liberalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen in den 1970er-Jahren stossend: Der verfassungsrechtliche Schutz von selbstbestimmten Schwangerschaftsabbrüchen sollte als Anliegen der öffentlichen Gesundheit gerade auch den Zugang zu sicheren Abtreibungen für benachteiligte Personen garantieren. Sie sind nun diejenigen, die faktisch von einem Verlust des verfassungsrechtlichen Schutzes wiederum am stärksten betroffen sind und vermehrt auf illegale Abbrüche zurückgreifen werden; mit den entsprechenden gesundheitlichen Risiken.

Allerdings werden sich die negativen und potenziell gesundheitsschädigenden Auswirkungen mittelbar auf alle Schwangeren und Frauen generell negativ auswirken.<sup>216</sup> Befürchtet wird beispielsweise, dass Schwangere bei spontanen Aborten aus Angst vor einer drohenden Anzeige die notwendige medizinische Versorgung nicht aufsuchen.<sup>217</sup> Ebenfalls bleibt offen, ob und inwiefern Frauen der Zugang zu Medikamenten gesichert bleibt, wenn diese auch im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen verwendet werden<sup>218</sup> oder im Sinne einer Nebenwirkung Schwangerschaftsabbrüche herbeiführen könnten.<sup>219</sup>

214 Vgl. aus der Praxis etwa *Garza v. Hargan*, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (Zugang zu einem Schwangerschaftsabbruch für eine unbegleitete Minderjährige in Haft in Texas).

215 Vgl. m. H. auf die Situation Militärangehöriger *KING ERIKA*, Op-Ed: Abortion restrictions widely punish military women, in: *LA Times* vom 12. November 2021. Vgl. mit dem Hinweis auf die Reaktion des Pentagons, *MARTINEZ LUIS/SEYLER MATT/PARKS MARY ALICE*, Roe's overturning won't affect abortion access for service members, Pentagon says, in: *ABC News* vom 28. Juni 2022.

216 *TRAISTER REBECA*, The Limits of Privilege The new abortion regime is going to affect everyone, in: *The Cut* vom 7. Mai 2022.

217 Vgl. etwa *STEAD SELLERS FRANCES/NIRAPPIL FENIT*, Confusion post-Roe spurs delays, denials for some lifesaving pregnancy care, in: *The Washington Post* vom 16. Juli 2022.

218 Vgl. *WOODRUFF EMILY*, As abortion ban is reinstated, doctors describe 'chilling effect' on women's care, nola.com – New Orleans, in: *LA Local News* vom 10. Juli 2022; *WINTER JESSICA*, The Dobbs Decision Has Unleashed Legal Chaos for Doctors and Patients, in: *New Yorker* vom 2. Juli 2022.

219 Vgl. m. H. auf Meldungen bzgl. Problemen beim Zugang zu Methotrexat *HOROWITZ ROSE*, State abortion bans prevent women from getting essential medication, in: *Reuters* vom 15. Juli 2022; *CHRISTENSEN JEN*, Women with chronic conditions struggle to find medications after abortion laws limit access, in: *CNN* vom 22. Juli 2022.

Nicht zu unterschätzen ist zudem der abschreckende Effekt (*chilling effect*<sup>220</sup>) der teilweise bereits bestehenden und geplanten Verbote mit wenigen eng gefassten Ausnahmen und erheblichen Sanktionen für «fehlbare» Ärztinnen und Ärzte.<sup>221</sup> Es ist zu erwarten, dass Ärztinnen und Ärzte in einem derartigen rechtlichen Umfeld u. U. auch vor den wenigen legalen Abbrüchen absehen werden, aus Angst vor möglichen (straf-)rechtlichen und damit auch beruflichen Konsequenzen. Es besteht demnach die Gefahr, dass selbst bei tatsächlicher Lebensgefahr oder einer tatsächlichen schweren Gefährdung der Gesundheit der Schwangeren Abbrüche im Einzelfall verzögert oder ganz unterlassen werden; mit entsprechenden, allenfalls lebensbedrohlichen Folgen für die Betroffenen.<sup>222</sup>

Zuletzt ist zudem darauf hinzuweisen, dass *Roe* und *Casey* ein verfassungsmässiges Recht von Schwangeren garantierten, selbstbestimmt über die Fortführung oder den Abbruch einer Schwangerschaft zu entscheiden. Die Verfassung garantierte damit nicht nur ein Recht, eine Schwangerschaft vor Lebensfähigkeit des Fötus abzubrechen, sie schützte Schwangere zugleich auch vor staatlichem Zwang zum Schwangerschaftsabbruch. Auch wenn sich die rechtliche und gesellschaftliche Diskussion zurecht primär mit drohenden Verboten und damit verbundenen Konsequenzen befasst, so scheint es doch wichtig, zu betonen, dass *Dobbs* mit der Aufhebung von *Roe* und *Casey* das Selbstbestimmungsrecht von Schwangeren auch hinsichtlich Zwang für einen Schwangerschaftsabbruch aufhebt und damit womöglich auch wieder Raum für staatlich angeordnete Schwangerschaftsabbrüche schafft.<sup>223</sup>

## 7.4.2 Weitere mögliche Entwicklungen

Aktuelle Gesetzesvorschläge und Äusserungen von Politikerinnen und Politikern zeigen eindeutig, dass sich «abtreibungsfeindliche»<sup>224</sup> Staaten nicht auf Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen beschränken, sondern sich in weiteren, ergänzenden Einschränkungen versuchen werden. Verschiedentlich gefordert werden etwa Verbote von Reisen von Schwangeren in andere Staaten zum Zweck von Abbrüchen oder Verbote der postalischen Zustellung der für medikamentöse Abbrüche notwendigen Medikamente.<sup>225</sup>

220 Zum *chilling effect* allgemein SCHAUER FREDERICK, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, in: Boston University Law Review 1978/58, S. 685 ff.

221 Vgl. als Beispiel die Regelungen im *Texas Heartbeat Act*. Die Ausnahmen gemäss TEX. HEALTH & SAFETY CODE ANN. § 171.205 (2021) sind wie erwähnt eng. Und die Durchsetzung der Bestimmungen gemäss § 171.207 ff. durch jedermann, der bzw. die an einem Abbruch mitwirkt, dürfte äusserst abschreckend wirken.

222 Vgl. etwa aus Polen die Berichte von mindestens zwei Fällen, in welchen von medizinisch indizierten Abbrüchen aus Angst vor einem Verstoss gegen die neuen, restriktiven Regeln abgesehen wurde und die betroffenen Frauen verstarben. JAMAL UROOBA, Poland abortion laws: Woman's death spurs calls for change, in: Al Jazeera vom 1. Dezember 2021; STRZYŻYŃSKA WERONIKA, Polish state has 'blood on its hands' after death of woman refused an abortion, in: The Guardian vom 26. Januar 2022.

223 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833, 859 (1992).

224 Der Begriff («abortion hostile») wurde vom Center for Reproductive Rights übernommen. Center for Reproductive Rights, What If Roe Fell?.

225 Vgl. bzgl. Zustellung von Medikamenten etwa Louisiana im Vorschlag gemäss S. La. 22, S.B. 388, Reg. Sess. (La. 2022) (vorgeschlagene Änderung zu § 962.2. CC); bzgl. der Frage von Reiseverboten

Während Verbote von Reisen zwischen einzelnen Gliedstaaten verfassungsrechtlich kaum zulässig sein dürften<sup>226</sup> und auch die Rechtmässigkeit von auf Bundesebene genehmigten und zwischen Staaten versendeten Medikamenten fraglich ist,<sup>227</sup> so zeigen die Vorschläge und die Reaktionen darauf doch exemplarisch den Unterschied zwischen einer abtreibungsfeindlichen Welt in den 1950er- oder 1960er-Jahren und einer solchen im 21. Jahrhundert: Informationen bezüglich medizinischer Beratung und Behandlung, Medikamenten und allenfalls notwendiger Reisen sind heute im Internet einfach und frei zugänglich. Dieselben Technologien, die den Zugang zu Informationen, Dienstleistungen und Produkten derart vereinfachen, erlauben Staat und Privaten heute gleichzeitig aber auch deutlich mehr Überwachung und erleichtern so die Verfolgung mutmasslich rechtswidrig erfolgter Abbrüche.<sup>228</sup>

In einer einigermassen dystopischen (aber unterdessen durchaus realistischen) Hypothese lässt sich auch spekulieren, dass die Verwerfung von *Roe* und *Casey* nur am Anfang einer umfassenden Einschränkung des Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen in allen Bundesstaaten stehen könnte. Zum einen fordern einzelne Politikerinnen und Politiker bereits heute den Erlass eines Bundesgesetzes, das Schwangerschaftsabbrüche im gesamten Land verbietet, sollte die republikanische Partei nach 2024 sowohl die Präsidentschaft stellen als auch mit einer Mehrheit in beiden Parlamentskammern vertreten sein.<sup>229</sup> Ob es der demokratischen Partei bei einer stabilen Mehrheit in beiden Kammern gelingen wird, umgekehrt ein Gesetz zu erlassen, das den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen absichert bzw. festhält, wie eine solche Regulierung ausgestaltet sein könnte, ist aktuell unklar.<sup>230</sup>

Zum anderen besteht zumindest hypothetisch die Möglichkeit, dass in einzelnen Staaten Beschwerden gegen Bestimmungen angestrebt werden, welche den Zugang zu

---

etwa LAWRENCE JILL, Interstate abortion travel bans? We're supposed to be a free country, not East Germany, in: USA Today vom 5. Juli 2022; HOROWITZ ROSE, U.S. House passes bill to protect right to travel for abortion, in: Reuters vom 16. Juli 2022.

226 Vgl. etwa Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. \_\_ (2022) (Kavanaugh, J., concurring) (slip op., at 10) (mit der Einschätzung der Unzulässigkeit solcher Verbote); SIMKO-BEDNARSKI EVAN, What happens now that Roe v. Wade overturned? Missouri acts first, in: NY Post vom 24. Juni 2022 (Prof. Sanger mit der Einschätzung, dass die Zulässigkeit solcher Verbote unklar sei).

227 DOJ, Attorney General Merrick B. Garland Statement on Supreme Court Ruling in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 24. Juni 2022.

228 Deswegen rufen NGOs Frauen dazu auf, Periodentracker auf ihren Smartphones zu löschen, und sie raten Schwangeren, keinesfalls ohne VPN nach Anbietern für Schwangerschaftsabbrüche zu suchen und bei einer Reise zu einem Anbieter ihre digitalen Geräte nach Möglichkeit zu Hause zu lassen. Vgl. etwa ROCHE DARRAGH, Why Delete Period Tracking App? Roe v. Wade Ruling Sparks Panic Over Data, in: Newsweek vom 25. Juni 2022.

229 Vgl. die Äusserungen des ehemaligen Vizepräsidenten Mike Pence, ALFARO MARIANA/WANG AMY B./BELLA TIMOTHY, Pence calls for national abortion ban as Trump, GOP celebrate end of Roe, in: The Washington Post vom 24. Juni 2022.

230 Zuletzt wurden Bestimmungen zum Schutz von Reisemöglichkeiten zu Abtreibungszwecken und zum Zugang zu Verhütungsmitteln erlassen, vgl. HOROWITZ ROSE, U.S. House passes bill to protect right to travel for abortion, in: Reuters vom 16. Juli 2022.

Schwangerschaftsabbrüchen gesetzlich verankern und absichern.<sup>231</sup> So könnte argumentiert werden, dass Regelungen, die Schwangerschaftsabbrüche zulassen, «Leben» verletzen und deshalb gegen den 14. Zusatzartikel der Verfassung verstossen. Dass eine Mehrheit des U.S. Supreme Court allerdings so weit geht, ungeborenes Leben pauschal mit geborenem Leben gleichzusetzen, um daraus weiter zu folgern, dass Abtreibungen im ganzen Land verfassungswidrig sind und Staaten sie deshalb kriminalisieren *müssen*, scheint aktuell – trotz allen Veränderungen am Gericht – eher fraglich,<sup>232</sup> ist aber trotzdem nicht vollständig auszuschliessen.

Viel wahrscheinlicher ist allerdings eine andere – rechtlich nicht minder problematische – Auswirkung: Die Mehrheit in *Dobbs* verwirft *Roe* und *Casey* mit dem Argument, dass das entsprechende Grundrecht mangels Verankerung in der Geschichte und Tradition der Nation nicht in der Verfassung enthalten sei und sich auch nicht daraus ableiten lasse.<sup>233</sup> Dieses Argument ist implizit ein frontaler Angriff auf alle als Teil der Garantie des Rechts auf Privatsphäre (*privacy*) anerkannten Rechte.<sup>234</sup> Auch wenn Justice Alito in seiner Meinung versichert, dass mit einer Verwerfung von *Roe* und *Casey* andere aus diesem Recht auf Privatsphäre hergeleitete Ansprüche nicht zur Debatte stünden, so erscheint diese Versicherung kaum glaubwürdig.<sup>235</sup> Denn mit den grundsätzlichen Zweifeln, die *Dobbs* am ungeschriebenen Recht auf Privatsphäre schürt, ist zu erwarten, dass auch andere, als Teil dieser Garantie anerkannte Teilgehälter kurz vor der Verwerfung stehen könnten: Verlieren könnten Amerikanerinnen und Amerikaner damit etwa das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Zugang zu Verhütungsmitteln,<sup>236</sup> den Schutz vor strafrechtlichen Verboten von homosexuellem Sex,<sup>237</sup> von gleichgeschlechtlichen Ehen<sup>238</sup> und im Extremfall sogar von gemischtrassigen Ehen.<sup>239</sup> Dass eine solche Entwicklung zumindest punktuell durchaus realistisch ist, zeigen die entsprechenden Äusserungen von Justice Thomas in seiner zustimmenden Meinung zu *Dobbs*, in welcher er das Gericht auffordert, in zukünftigen Fällen das Konzept des *substantive due process* und damit das Recht auf Privatsphäre grundsätzlich zu widerrufen und damit insbe-

---

231 Vgl. mit einer Übersicht über Staaten mit entsprechenden Bestimmungen Center for Reproductive Rights, *What if Roe Fell?*.

232 Vgl. Äusserungen des Chief Justice bzgl. richterlicher Unabhängigkeit im Jahresbericht von 2021, Roberts John C. (Chief Justice), *Year-End Report on the Federal Judiciary 2021*.

233 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (slip op., at 15 ff.).

234 MURRAY MELISSA/LITMAN LEAH, *Alito's aggressive ruling would reach way beyond Roe*, in: *The Washington Post*, 4. Mai 2022.

235 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 4 f.).

236 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

237 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

238 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

239 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Der Schutz vor Verboten gemischtrassiger Ehen wurde primär aus der *Equal Protection Clause* hergeleitet, zusätzlich aber auch damit begründet, dass die Entscheidungsfreiheit in Ehefragen dem Individuum zustehe und nicht dem Staat. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).



sondere *Griswold v. Connecticut*<sup>240</sup>, *Lawrence v. Texas*<sup>241</sup> und *Obergefell v. Hodges*<sup>242</sup> zu verwerfen.<sup>243</sup> Entsprechend dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis einzelne Staaten beispielsweise über Verbote von Verhütungsmitteln die entsprechende verfassungsrechtliche Garantie zu hinterfragen versuchen.<sup>244</sup>

### 7.4.3 Konsequenzen auf institutioneller Ebene

Zuletzt hat das Urteil des U.S. Supreme Court auch Konsequenzen auf institutioneller Ebene. Wie oben dargelegt, lässt sich das Urteil in *Dobbs* nicht als Resultat einer rechtlich begründeten und somit legitimen Urteilsfindung definieren. Zu viele relevante Punkte werden rechtlich kaum bis gar nicht begründet,<sup>245</sup> zu inkonsequent ist die Auswahl von Quellen,<sup>246</sup> zu häufig weichen die Darstellung und die Sicht auf «Fakten» von bisherigen verfassungsrechtlichen Realitäten ab<sup>247</sup> und zu klar kommen Abneigung und gar Abscheu gegenüber den früheren Urteilen zum Ausdruck.<sup>248</sup> *Dobbs* verwirft *Roe* und *Casey* deshalb nicht nach rechtlichen Argumenten, sondern – in den Worten der Mehrheit – «because it ha[d] the votes to discard them [...]».<sup>249</sup> Entsprechend nachvollziehbar ist der Vorwurf der abweichenden Meinung, die Mehrheit ersetze die «rule of law» durch eine «rule of justices».<sup>250</sup>

Mit einer derart offensichtlich parteipolitischen Entscheidungsfindung, die sich zudem in weiteren Urteilen vom Juni 2022<sup>251</sup> weiterzieht, setzt der U.S. Supreme Court sein Ansehen und seine Legitimität im verfassungsrechtlichen Gefüge aufs Spiel.

Es ist im Kontext der starren<sup>252</sup> US-amerikanischen Verfassung aus dem 18. Jahrhundert mit im Text bloss grob skizzierten Grundrechtsgarantien grundsätzlich (mit Ausnahme im *originalism*<sup>253</sup>) unbestritten, dass dem U.S. Supreme Court in der Auslegung

240 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

241 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

242 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

243 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Thomas, J., concurring) (slip op., at 2 f.).

244 Vgl. die Einschätzungen in BENDIX ARIA, Birth control restrictions could follow abortion bans, experts say, in: NBC News vom 25. Juni 2022.

245 Vgl. Kapitel 7.3.

246 Vgl. Kapitel 7.3 insb. in Bezug auf die Auswahl der historischen Quellen.

247 Vgl. Kapitel 7.3 etwa in Bezug auf die Sicht auf *Roe* und *Casey* als «isolierte» Fälle im US-amerikanischen Verfassungsrecht.

248 Vgl. Kapitel 7.3.

249 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 33).

250 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_\_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 33).

251 Etwa *Kennedy v. Bremerton School Dist.*, 597 U.S. \_\_ (2022); *NYSRPA v. Bruen*, 597 U.S. \_\_ (2022); *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. \_\_ (2022).

252 Revisionsvorschriften in Artikel V der Verfassung. Vgl. FALLON RICHARD H. JR., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, 2. Aufl., Cambridge MA 2013, 7 ff. («The requirement [...] makes the Constitution extraordinarily difficult to amend.»)

253 Vgl. REICH (Fn. 157), S. 718 ff.

der Verfassung allgemein<sup>254</sup> und bei der Weiterentwicklung der Grundrechte im Besonderen eine wichtige Rolle zukommt.<sup>255</sup>

Die Kompetenz des U.S. Supreme Court bei der Auslegung und Weiterentwicklung der Verfassung ist jedoch nicht unbeschränkt. Gerade weil die Verfassung so viel Raum für Interpretation bietet und dem Gericht dabei eine derart zentrale Rolle zukommt, hat sich der U.S. Supreme Court in der Tradition eines *common law*-Gerichts zur Wahrung der eigenen Legitimität und politischen Unabhängigkeit grundsätzlich auch relativ streng als durch die eigenen *precedents* gebunden erachtet.<sup>256</sup> Die Regel des *stare decisis* bezweckt nicht nur Rechtssicherheit, sondern insbesondere auch die Isolierung des höchsten Gerichts von tagesaktuellen parteipolitischen Strömungen und politischen Positionen einzelner Richterinnen oder Richter.<sup>257</sup>

Gibt der U.S. Supreme Court nun seine Orientierung und Bindung an relevante *precedents* derart leichtfertig auf, wandelt sich die Institution zu einer weiteren primär durch Parteipolitik geprägten Instanz. Damit beginnt das Gericht einerseits seine Legitimität und Daseinsberechtigung zu untergraben<sup>258</sup> und droht andererseits die Verfassung und die demokratischen Institutionen der Vereinigten Staaten zu destabilisieren.<sup>259</sup> Ob sich aus dieser Situation eine veritable Verfassungskrise entwickelt, wie signifikant diese für die Stabilität der demokratischen Institutionen in den Vereinigten Staaten werden könnte bzw. wie sich eine solche Krise abwenden liesse und die Legitimität und das korrekte Funktionieren des Gerichts wieder hergestellt werden könnten, lässt sich, Stand Sommer 2022, kaum beantworten; die Zeichen stehen jedoch nicht auf eine baldige Entspannung der Situation.

## 8 Fazit und Ausblick

Mit dem Urteil in *Roe v. Wade* hat der U.S. Supreme Court zu Beginn der 1970er-Jahre das Recht von Schwangeren anerkannt, selbstbestimmt über die Fortführung oder den Abbruch einer Schwangerschaft zu entscheiden, und dieses Recht verfassungsrechtlich als Teil des Rechts auf Privatsphäre anerkannt.<sup>260</sup>

Bereits in den 1970er- und 1980er-Jahren wurde über Regeln des Bundes und der einzelnen Staaten versucht, das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch zu begrenzen.<sup>261</sup> Im Urteil *Planned Parenthood of*

254 Siehe schon *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

255 Vgl. etwa FALLON (Fn. 252), S. 17 ff.; MAHON PASCAL/BENOIT ANNE, *Droit constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique. Institutions et éléments de droits fondamentaux*, Basel 2011, Rz. 28.

256 Vgl. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 861 und 864 ff. (1992). Vgl. etwa auch MAHON/BENOIT (Fn. 255), Rz. 28.

257 Vgl. m. w. H. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 30 ff.).

258 GREENHOUSE LINDA, *Requiem for the Supreme Court*, in: *The New York Times* vom 24. Juni 2022.

259 Vgl. etwa WOLFFE RICHARD, *The US supreme court poses a real threat to Americans' democracy*, in: *The Guardian* vom 7. Juli 2022.

260 Vgl. Kapitel 2.

261 Vgl. Kapitel 3.

*Southeastern Pennsylvania v. Casey* wurde *Roe* 1992 schliesslich in seiner Tragweite erheblich modifiziert.<sup>262</sup> In der Folge wurden in mehreren Staaten eine Vielzahl restriktiver Regeln in Kraft gesetzt, die den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen signifikant erschweren, aber von Gerichten als für die Betroffenen zumutbar und somit verfassungskonform eingestuft wurden. Dazu zählten Wartezeiten, sogenannte *speech and display*-Anforderungen, Zustimmungserfordernisse für Minderjährige und weitere administrative und finanzielle Hürden, darunter etwa Einschränkungen bei der Kostenübernahme durch Krankenkassen.<sup>263</sup> Trotzdem blieb der Kern des Rechts auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch über die Jahre intakt.<sup>264</sup> Dies änderte sich im Juni 2022 mit der Verwerfung von *Roe* und *Casey* durch *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*.<sup>265</sup>

Die in *Dobbs* erfolgte Verwerfung des ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts auf einen selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch ist rechtlich in vielerlei Hinsicht problematisch. Im grösseren verfassungsrechtlichen Rahmen ist insbesondere hervorzuheben, dass mittelbare und unmittelbare Implikationen im Bereich der Rechtsgleichheit vollständig ausser Acht gelassen und ignoriert werden:

Indem sie die Kriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen für verfassungswidrig erklärten, schufen *Roe* und *Casey* rechtlich zumindest im Ansatz eine Grundlage, die durch ungewollte Schwangerschaften entstehende Perpetuierung von Ungleichheiten und oft Armut zu durchbrechen.<sup>266</sup> Nun werden unter *Dobbs* gerade diejenigen Gruppen der Bevölkerung – ärmere und sozial schlechtergestellte Schwangere – die rechtlichen und faktischen Rückschritte am deutlichsten zu spüren bekommen; sie werden vermehrt auf illegale Abbrüche zurückgreifen oder Schwangerschaften gegen ihren Willen austragen. Entsprechend ist auch in dieser Gruppe die Gefahr für Beeinträchtigungen der psychischen und physischen Gesundheit der Betroffenen am höchsten.

Auch in einem weiteren Punkt verkennt *Dobbs* Implikationen der Rechtsgleichheit. Das Recht von Schwangeren, selbst darüber zu bestimmen, ob sie eine Schwangerschaft fortführen möchten oder nicht, stellt einen elementaren Aspekt der Persönlichkeit der Betroffenen dar. *Roe* verankerte dieses Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper, die eigene Gesundheit und die familiäre Zukunft der Betroffenen als Aspekt des ungeschriebenen Rechts auf Privatsphäre. Bereits *Casey* unterstrich zusätzlich die Bedeutung des Rechts auf einen Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen als elementaren Aspekt der Rechtsgleichheit insofern, als die Kontrolle über die eigene Reproduktion die gesellschaftliche und wirtschaftliche Teilhabe von Frauen am öffentlichen Leben begünstigt habe.<sup>267</sup> Die Urteile anerkennen damit auf einer rechtsdogmatischen Ebene das in

262 Vgl. Kapitel 4.

263 Vgl. Kapitel 5.

264 Vgl. zuletzt *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) (slip op., at 23, 29 f.); *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, 591 U.S. \_ (2020).

265 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022).

266 Vgl. zu den ungleichen Auswirkungen LUKER (Fn. 4), S. 57 ff., 73 ff. Zur Perpetuierung von Ungleichheit und Armut auch PRAGER JOSHUA, *The Family Roe, An American Story*, New York 2021.

267 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 856 (1992). Vgl. dazu auch SUNSTEIN CASS R., *The Partial Constitution*, Cambridge MA 1998, S. 270 ff.; SIEGEL (Fn. 4), S. 351 ff.

der übrigen Rechtsordnung sehr weitgehend gewährleistete Selbstbestimmungsrecht<sup>268</sup> über den eigenen Körper auch Frauen<sup>269</sup> im Falle einer Schwangerschaft zu. Die Verwerfung des Rechts impliziert deshalb auch einen Rückschritt in Bezug auf die Anerkennung der Relevanz der Selbstbestimmung über den eigenen Körper als Element der Autonomie und Rechtsgleichheit von Frauen.

Zuletzt kann die Verwerfung von *Roe* und *Casey* auch der Beginn von Rückschritten im Bereich weiterer Grundrechte sein, welche allesamt neben Aspekten der Privatsphäre auch Aspekte der Rechtsgleichheit gewährleisten. Dies gilt insbesondere für grundlegende Rechte der sexuellen Selbstbestimmung, der Familienplanung und der Familiengestaltung, die ab den 1960er-Jahren als Teilgehalte des Rechts auf Privatsphäre anerkannt wurden.<sup>270</sup>

Mit der Verwerfung von *Roe* und *Casey* gefährdet der U.S. Supreme Court deshalb Leben, Gesundheit und eine gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben von unzähligen Menschen in den Vereinigten Staaten. Da er dies in einer Entscheidung tut, die sich partei- und machtpolitisch, nicht aber rechtlich haltbar begründen lässt, setzt er damit auch seine eigene Legitimität aufs Spiel.

Oder, wie die abweichende Meinung in *Dobbs* ihre Ausführungen schliesst: «With sorrow – for this Court, but more, for the many millions of American women who have today lost a fundamental constitutional protection – we dissent.»<sup>271</sup>

---

268 Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang regelmässig darauf, dass die Rechtsordnung in keinem anderen Bereich eine Pflicht von Individuen kenne, ihren Körper oder ihre Gesundheit zum Schutz oder Erhalt eines anderen Lebens herzugeben und so beispielsweise weder eine Pflicht zu Lebendspenden etwa einer Niere noch eine Pflicht zur Organspende nach dem Tod vorgesehen sei. Vgl. SUNSTEIN CASS R. (Fn. 267), S. 274 f.

269 Regeln zu Schwangerschaftsabbrüchen haben primär die Regulierung der Körper von Frauen im Blick. Vgl. etwa die erwähnten Urteile oder Gesetzestexte. Die Fassung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen und die gesellschaftliche Wahrnehmung und Repräsentation von Schwangeren und Schwangerschaftsabbrüchen als «Frauensache» erfordern nach hier vertretener Ansicht eine Erfassung der restriktiven Regulierung nicht nur als Aspekt, der potenziell und tatsächlich Schwangere betrifft, sondern als Regulierung, die stereotype Auffassungen von Frauen und Frauenkörpern perpetuiert.

270 Vgl. Kapitel 7.4.2.

271 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. \_ (2022) (Breyer, Sotomayor, Kagan, JJ., dissenting) (slip op., at 60).

## Autor:innenverzeichnis

---

**Balzaretti Sofia** (MLaw) ist Doktorandin im Bereich Völkerrecht und Europarecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Samantha Besson an der Universität Fribourg.

**Beier Marisa** (MLaw) ist Doktorandin im universitären Forschungsschwerpunkt Equality of Opportunity der Universität Zürich und Gastforscherin am Lauterpacht Centre for International Law der Universität Cambridge.

**Büchler Andrea** (Prof. Dr. iur. Dr. h.c.) ist Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

**Camozzi Anna** (MLaw, LL.M.) hat an der Universität Zürich studiert und ist Substitutin bei Bär & Karrer.

**Chiofalo Valentina** (MLaw) ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Arbeitsbereich Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin.

**Cottier Michelle** (Prof. Dr. iur., MA) ist ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Genf.

**Cueni Raphaela** (Ass.-Prof. Dr. iur., LL.M.) ist Assistenzprofessorin für Verwaltungsrecht an der Universität St. Gallen.

**Deig Stephanie** (M.A. (Philosophie)) ist Doktorandin im Bereich praktische Philosophie am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Hartmann an der Universität Luzern.

**Erdogan Mete** (BLaw) ist Masterstudent an der Universität Basel und Hilfsassistent am Lehrstuhl für Strafrecht von Prof. Dr. Christopher Geth.

**Graf Anna** ist Bachelorstudentin mit Hauptfach Sozialwissenschaften und Nebenfach Volkswirtschaftslehre an der Universität Bern und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei

cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft. Sie ist zudem redaktionelle Mitarbeiterin bei der Lokalzeitung «Willisauer Bote».

**Graf Fabienne** (MLaw, LL.M.) ist Doktorandin an der Universität Luzern und der Humboldt-Universität zu Berlin sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) der Universität Zürich.

**Haux Dario** (Dr. iur., LL.M.) ist Substitut in einer Anwaltskanzlei in Zürich.

**Hugentobler Manuela** (MLaw) ist Doktorandin Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Markus Müller an der Universität Bern und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Interdisziplinären Zentrum für Geschlechterforschung der Universität Bern.

**Lüdi Meret** (MLaw) ist Substitutin in einem Advokaturbüro in Zürich.

**Meier Julia** (LL.M.) ist SNF Doc.CH Stipendiatin und Doktorandin am Institut für Völkerrecht Universität Zürich.

**Metzger Tatjana** (BLaw) ist Masterstudentin an der Universität Luzern.

**Nickerson Nicole** (MLaw, LL.M.) ist Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich.

**Nüssli Sandrine** (MLaw) ist Hochschulpraktikantin.

**Odermatt Daniela** (BLaw) ist Masterstudentin und ehemalige Unterassistentin am Lehrstuhl für Verfahren und internationales Privatrecht von Prof. Dr. iur. Ramon Mabillard, LL.M., an der Universität Fribourg.

**Picocchi Dario** (Dr. iur.) ist Jurist und Lehrbeauftragter.

**Ritter Jan Hendrik** (MLaw) ist Doktorand am Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie von Prof. Dr. iur. Marc Amstutz an der Universität Fribourg.

**Rosenthal David J.** (MLaw) ist Rechtsbeistand bei einem Climate Tech Unternehmen.

**Von Rütte Barbara** (Dr. iur. LL.M.) ist Postdoc am Europainstitut der Universität Basel.

**Sang Bastian Arezoo** (MLaw) ist Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler an der Universität Zürich und Geschäftsleiterin des Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies (CIMELS) an der Universität Zürich.

**Schmucki Antonella** (MLaw) ist Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Böhler an der Universität Zürich.

**Schneider Lea Ina** (MLaw, LL.M.) ist Gastforscherin am Lauterpacht Centre für internationales Recht in Cambridge.

**Spirig Eliane** (MLaw) ist Juristin im Bereich Finanzmarktrecht in einem Beratungsunternehmen.

**Staufer Anna Elisa** (MLaw, LL.M.) ist Doktorandin im Bereich Vertragsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ulrike Babusiaux an der Universität Zürich und Gastforscherin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

**Stückelberger Benjamin** (MLaw, M.Sc. (Kriminologie und Strafjustiz)), ist Volontär in einem Advokaturbüro in Basel.

**Wagner Marlene** (MLaw) ist Mitarbeiterin in der Geschäftsstelle des Deutschen Juristinnenbundes e.V.

**Wujohksang Youlo** (MLaw) ist Doktorandin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht von Prof. Dr. iur. Matthias Mahlmann an der Universität Zürich und Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen.

# Gender & Queer Studies



Hannah Fitsch, Inka Greusing, Ina Kerner,  
Hanna Meißner, Aline Oloff (Hg.)

**Der Welt eine neue Wirklichkeit geben**  
Feministische und queertheoretische Interventionen

2022, 284 S., kart.

29,00 € (DE), 978-3-8376-6168-2

E-Book: kostenlos erhältlich als Open-Access-Publikation

PDF: ISBN 978-3-8394-6168-6



Yener Bayramoğlu, Maria do Mar Castro Varela

**Post/pandemisches Leben**  
Eine neue Theorie der Fragilität

2021, 208 S., kart., 6 SW-Abbildungen

19,50 € (DE), 978-3-8376-5938-2

E-Book:

PDF: 17,99 € (DE), ISBN 978-3-8394-5938-6

EPUB: 17,99 € (DE), ISBN 978-3-7328-5938-2



bff: Bundesverband Frauenberatungsstellen  
und Frauennotrufe, Nivedita Prasad (Hg.)

**Geschlechtsspezifische Gewalt  
in Zeiten der Digitalisierung**  
Formen und Interventionsstrategien

2021, 334 S., kart., 3 SW-Abbildungen

35,00 € (DE), 978-3-8376-5281-9

E-Book: kostenlos erhältlich als Open-Access-Publikation

PDF: ISBN 978-3-8394-5281-3

ISBN 978-3-7328-5281-9

**Leseproben, weitere Informationen und Bestellmöglichkeiten  
finden Sie unter [www.transcript-verlag.de](http://www.transcript-verlag.de)**



# Gender & Queer Studies



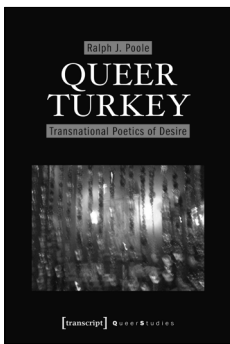
Katrin Huxel, Juliane Karakayali,  
Ewa Palenga-Möllnbeck, Marianne Schmidbaur,  
Kyoko Shinozaki, Tina Spies, Linda Supik, Elisabeth Tuidar (Hg.)

**Postmigrantisch gelesen**  
Transnationalität, Gender, Care

2020, 328 S., kart., 7 SW-Abbildungen  
40,00 € (DE), 978-3-8376-4728-0

E-Book:

PDF: 39,99 € (DE), ISBN 978-3-8394-4728-4



Ralph J. Poole

**Queer Turkey**  
Transnational Poetics of Desire

2022, 262 p., pb., col. ill.

35,00 € (DE), 978-3-8376-5060-0

E-Book: available as free open access publication

PDF: ISBN 978-3-8394-5060-4



Eliane Kurz

**Intersektionalität in feministischer Praxis**  
Differenzkonzepte und ihre Umsetzung  
in feministischen Gruppen

2022, 332 S., kart.

39,00 € (DE), 978-3-8376-6218-4

E-Book:

PDF: 38,99 € (DE), ISBN 978-3-8394-6218-8

**Leseproben, weitere Informationen und Bestellmöglichkeiten  
finden Sie unter [www.transcript-verlag.de](http://www.transcript-verlag.de)**

