

**Gutachten Lesbenorganisation Schweiz LOS / Pink Cross**

**Zur rechtlichen Situation gleichgeschlechtlich orientierter  
Menschen**

**Synthese und Empfehlungen**

**LOS**  
**Lesbenorganisation Schweiz**  
**Organizzazione svizzera delle lesbiche**  
**Organisation suisse des lesbiennes**

**PINK X CROSS**

## Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung .....	2
2. Synthese .....	2
2.1. Die gemeinschaftlichen Regeln, die Empfehlungen des Europarates und die Yogyakarta-Prinzipien als Orientierung .....	2
2.2. Sexuelle Orientierung und sexuelle Identität als Diskriminierungskriterium nach Art. 8 Abs. 2 BV .....	3
2.3. Tatsächliches Diskriminierungsvorkommen / Studien .....	4
3. Empfehlungen .....	5
3.1. Verfassungs- und völkerrechtliche Verpflichtung .....	5
3.2. Reformvorschläge .....	5
3.3. Vorschlag zur Integration der Merkmale „sexuelle Orientierung“ sowie „sexuelle Identität“ in den Gleichstellungsauftrag .....	6
3.4. Anpassung des Strafrechts .....	7
3.5. Anpassung des Partnerschaftsgesetzes .....	7
3.6. Anpassungen im Sozialversicherungsrecht .....	8
3.7. Anpassungen im IPRG .....	9
3.8. Anpassungen im ZGB – Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ZGB .....	9
3.9. Anpassung des Arbeitsgesetzes (Art. 6 ArG i.V.m. VO 3 zum ArG und Art. 328 OR) .....	10
3.10. Anpassung im Versicherungswesen (KVG und Zusatzversicherungen) .....	11
3.11. Anpassungen im Bereich Erziehung und Bildung .....	12
3.12. Anpassungen im Bereich Wohnen, Sport und Freizeit .....	12
3.13. Anpassung im Erwachsenenschutzrecht .....	12
3.14. Anpassung im Migrationsrecht .....	13

## Synthese und Empfehlungen

### 1. Einleitung

Die Umsetzung des Diskriminierungsverbotes aufgrund der sexuellen Orientierung nach Art. 8 Abs. 2 BV erschöpft sich bislang auf die Schaffung des Instituts der eingetragenen Partnerschaft. Dies allein vermag dem Schutzbedürfnis nicht zu genügen. Es besteht kein umfassendes Benachteiligungsverbot – wie in Bezug auf die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts – zudem mangelt es an organisatorischen und administrativen Vorkehrungen, bspw. Fachstellen, die die Gewährleistung vorantreiben.

Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Der ursprüngliche Entwurf stammt aus dem Jahr 1999, der Vorentwurf, der in weiten Teilen befürwortet wurde, gelangte am 14. November 2001 in die Vernehmlassung, bis schliesslich die Gutheissung durch das Parlament am 18. Juni 2004 erfolgte; tatsächlich wurde das Gesetz am 5. Juni 2005 verabschiedet<sup>1</sup>. Das bestehende Gesetz wurde demnach seit 13 Jahren nicht überarbeitet, eine Revision drängt sich aufgrund der Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte<sup>2</sup> und der fortschreitenden Rechtsentwicklungen in den europäischen Nachbarländern auf (Öffnung der Ehe in zahlreichen europäischen Ländern)<sup>3</sup>.

Die vorliegenden Ausführungen stellen die Synthese der Überarbeitung eines Forderungspapiers der Organisationen LOS und Pink Cross unter Berücksichtigung der aktuellen gesetzlichen Lage und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dar.

### 2. Synthese

#### 2.1. Die gemeinschaftlichen Regeln, die Empfehlungen des Europarates und die Yogyakarta-Prinzipien als Orientierung

In nahezu allen europäischen Staaten ist, nicht zuletzt aufgrund der europäischen Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf 2000/78/EG, Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung verboten. Aufgrund der Anbindung an die europäische Union wurden alsdann in allen Mitgliedstaaten Diskriminierungsschutzgesetze er-

---

<sup>1</sup> In der Begründung des Bundesrates wurde die späte Inkraftsetzung damit begründet, dass der Erlass der Ausführungsbestimmungen und der notwendigen Gesetzesänderungen in Bund, Kantonen und Gemeinden sowie die EDV-Anpassungen Zeit benötigten (Pressemitteilung vom 9. Dezember 2005).

<sup>2</sup> Vejdeland et al. gegen Schweden, No. 1813/07 Urteil vom 9. Februar 2012; E.B. gegen France, Urteil vom 22. Januar 2008.

<sup>3</sup> Beispielsweise wurde in Deutschland das Partnerschaftsgesetz bereits vierfach überarbeitet. Dies ist ebenfalls nicht auf die Einbindung in die europäische Gemeinschaft zurückzuführen, sondern auf das Verständnis, die Rechtslage den Realitäten anzupassen, so Sprecher LSVD Berlin, 2007; ähnliche Revisionen lassen sich in Spanien, England, Dänemark und Schweden beobachten.

lassen und Behörden geschaffen, die die Durchsetzung und Wahrnehmung der garantierten Rechte gewährleisten. Seit 2009 ist in Beratung, diesen Schutz durch eine „Antidiskriminierungsrichtlinie“, die auf Gleichbehandlung ausserhalb des Arbeitsmarktes abzielt, zu ergänzen<sup>4</sup>. Norwegen (1981), Frankreich (1985), Schweden (1987), Dänemark (1986), die Niederlande (1993) und Deutschland (2006) erliessen ohne Verpflichtung entsprechende Gesetze. Die RL geht vom Grundsatz aus, dass Diskriminierungsschutzgesetze nur dann wirksam sind, wenn Menschen ihre Rechte kennen und wissen, wie diese geltend gemacht werden können. Dies zeigt sich in der Verankerung des Verbandsklagerechts. Die Zusammenarbeit zwischen nationalen Stellen, Gleichstellungsbehörden, NGO und Vertretern potentieller Diskriminierungsopfer ist von wesentlicher Bedeutung für die Umsetzung von Diskriminierungsschutz. Da die Schweiz als Nichtmitgliedstaat der entsprechenden Richtlinie nicht verpflichtet ist, existiert in der Schweiz kein explizites Antidiskriminierungsschutzrecht. Durch die Unterzeichnung und Ratifikation der CEDAW (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women) ist zumindest im Hinblick auf die Benachteiligung von Frauen staatliches Handeln gesetzlich vorgeschrieben. So wurde die Ungleichbehandlung von Frauen gegenüber Männern im Arbeitsverhältnis aufgrund der Regelungen des Gleichstellungsgesetzes (GIG) unterbunden. Die Umsetzung der Forderung zur Geschlechtergleichstellung wurde mittels Einrichtung von Fachstellen für Gleichstellung (bundesgesetzlich, kantonal, städtisch) im Verlauf von nur 5 Jahren erfüllt<sup>5</sup>. Auch Menschen mit Behinderung können sich auf verschiedene Normen des Behindertengesetzes berufen und Ansprüche geltend machen, falls eine Diskriminierung aufgrund des Merkmals „Behinderung“ vorliegt.

In Bezug auf die Umsetzung von effektivem Diskriminierungsschutz aufgrund der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität wurde bislang keine entsprechende Umsetzung des Diskriminierungsverbots ausgelöst.

## **2.2. Sexuelle Orientierung und sexuelle Identität als Diskriminierungskriterium nach Art. 8 Abs. 2 BV**

Art. 8 Abs. 2 BV unterbindet ungerechtfertigte Benachteiligung bezüglich der aufgeführten Merkmale. Die sexuelle Orientierung ist als „Lebensform“ geschützt. Die sexuelle Identität hingegen als ein Bestandteil des Merkmals „Geschlecht“. Die Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht ist beiden inhärent, spielt doch die Zugehörigkeit zu dem Geschlecht bei der Lebensform „gleichgeschlechtlich“ die ausschlaggebende Rolle.

Art. 8 Abs. 3 BV lautet: Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung (...). Der Auftrag ist auf die Gleichstellung von Frau und Mann gerichtet. Indes, verbietet Art. 8 Abs. 2 BV die Diskriminierung u.a. aus

<sup>4</sup> [http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/019-53201-091-04-14-902-20090401IPR53200-01-04-2009-2009-false/default\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/019-53201-091-04-14-902-20090401IPR53200-01-04-2009-2009-false/default_de.htm)

<sup>5</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2011, betreffend der ersatzlosen Streichung der Kommission für Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zug. Laut Gericht führte dies zu einer verfassungsrechtlich problematischen Situation. So sei der Kanton mit Verweis auf den Gleichstellungsartikel in Art. 8 Abs. 3 BV verpflichtet, Ersatzmassnahmen zur verfassungsmässig gebotenen Gleichstellung von Mann und Frau zu ergreifen, Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2011, 1C\_549/2010.

Gründen der Lebensform, darunter ist nach BGE 126 II 425 Erw. 4 auch die sexuelle Orientierung zu verstehen. Der Gesetzgeber hat das Partnerschaftsgesetz erlassen und z.T. hat auch die Rechtsprechung dafür gesorgt, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht benachteiligt werden, siehe z.B. BGE 134 V 369, [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band\\_134\\_2008/BGE\\_134\\_V\\_369.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_134_2008/BGE_134_V_369.html).

Mit etwas gewagter Auslegung kann nun argumentiert werden, dass die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaft auf dem Wege der Gesetzgebung und der Rechtspraxis (als Ausfluss der programmatischen Schicht von Art. 8 Abs. 2 BV) dazu führen soll, dass Art. 8 Abs. 3 BV zeitgemäss ausgelegt nur bedeuten kann, dass der Gleichstellungsauftrag Mann und Frau auch bedeute Gleichstellung zwischen Mann/Mann und Mann/Frau bzw. Frau/Frau zu Mann/Frau. Diese Gedanken bedürfen jedoch im Weiteren vertiefterer dogmatischer Begründung und sind hier nur als Denkansatz zu verstehen.

### **2.3. Tatsächliches Diskriminierungsvorkommen / Studien**

Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung sowie der sexuellen Identität finden zahlreich statt, sei es in Form von direkter Diskriminierung im privaten und öffentlichen Leben (Beschimpfungen, Ausgrenzungen, Mobbing und öffentlicher Diffamierung), aber auch durch institutionelle Diskriminierung (rechtliche Ungleichbehandlung von eingetragenen Partnern gegenüber Ehepaaren, Anerkennung von Transmenschen)<sup>6</sup>. Die Systematik der nachfolgenden Ausführungen ist angelehnt an folgende Dokumente, die in diesem Zusammenhang als massgeblich bezeichnet werden können:

- (1) „Recommendations on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity“ der Europäischen Minister an die Mitgliedstaaten;
- (2) Yogyakarta-Prinzipien.

Obschon weder die Empfehlungen der Europäischen Minister noch die Prinzipien der Yogyakarta rechtlich durchsetzbare Ansprüche vermitteln, stellen sie eine Systematik zur Verfügung, Diskriminierungsvorkommen darzustellen und umfassend die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung sowie der sexuellen Identität in einem Nationalstaat zu überprüfen und zu verbessern. Diese Empfehlungen gewährleisten zudem die Vereinbarkeit der nationalen Gesetzeslage mit höherrangigem Recht (EMRK, UN-Menschenrechtspakte, namentlich UN-Pakt II) und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Die Europäische Menschenrechtskonvention sowie die Urteile des EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) sind verpflichtend und binden die Schweiz unmittelbar. Eine tatsächliche empirische Untersuchung betreffend des Diskriminierungsvorkommens ist bezüglich der sexuellen Orientierung und sexuellen Identität steht noch aus und ist für die Umsetzung des Gebots unabdingbar.

---

<sup>6</sup> National umfassende Studien aus der Schweiz fehlen diesbezüglich, nur in einzelnen Lebensbereichen (bspw. Familie, Schule) sind Diskriminierungen dokumentiert. In Deutschland führte die Annahme des Allgemeinen Gleichstellungsgesetz (AGG) zu einer umfassenden Analyse und Dokumentation zur Diskriminierung aufgrund sexueller Identität und sexueller Orientierung, vgl. hierzu Publikationen aus Deutschland, Antidiskriminierungsstelle des Bundes: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Publikation/publikationen\\_node.html;jsessionid=F84B9ED406504E13267FD28FA11BD05D.2\\_cid094](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Publikation/publikationen_node.html;jsessionid=F84B9ED406504E13267FD28FA11BD05D.2_cid094)

### **3. Empfehlungen**

#### **3.1. Verfassungs- und völkerrechtliche Verpflichtung**

Bereits jetzt beinhalten die verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen für die Schweiz einen wirksamen Schutz gegenüber Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung sowie der sexuellen Identität. Nach der heutigen Rechtslage treffen den Staat hauptsächlich folgende Pflichten:

- Er darf in all seinen Aktivitäten Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung sowie ihrer sexuellen Identität nicht diskriminierend behandeln. Das beinhaltet, dass weder diskriminierende gesetzliche Bestimmungen erlassen, noch entsprechende Einzelfallentscheide getroffen werden dürfen.
- Er muss für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität auch im privaten Arbeits- und Mietverhältnis sorgen.
- Er muss mit eigenen Mitteln dafür sorgen, dass die gesellschaftlichen Ursachen von Diskriminierung aufgrund gleichgeschlechtlicher Orientierung und sexueller Identität beseitigt werden. Mithin muss er diese Diskriminierung strukturell bekämpfen.

#### **3.2. Reformvorschläge**

Die folgenden Empfehlungen stellen nicht das Ergebnis einer umfassenden empirischen und rechtlichen Analyse dar. Diese war aufgrund der beschränkten Mittel nicht möglich. Weiter wurde darauf verzichtet, konkrete Gesetzesvorschläge vorzunehmen oder aber das Zusammenwirken bei Vorliegen mehrerer Diskriminierungsmerkmale „Mehrfachdiskriminierung“ zu berücksichtigen. Die als „Vorschlag“ bezeichneten Empfehlungen sollen damit auch nur die Stossrichtung des empfohlenen Weges zur Verbesserung des Status Quo aufzeigen.

Diese Empfehlungen sollen als Grundlage für die Diskussion in Wissenschaft und Politik, über Vor- und Nachteile eines selektiven Diskriminierungsschutzes im Vergleich zu einem allgemeinen Diskriminierungsschutzgesetz und über die Entwicklung entsprechender Modelle dienen. Die in diesen Empfehlungen formulierten Mängel in einzelnen Gesetzen können alternativ durch Reformen in bestehenden Gesetzen erfolgen. Da die realpolitischen Chancen eines Diskriminierungsschutzgesetzes eher gering erscheinen, werden die Reformvorschläge einzelner Gesetze exemplarisch aufgeführt.

### **3.3. Vorschlag zur Integration der Merkmale „sexuelle Orientierung“ sowie „sexuelle Identität“ in den Gleichstellungsauftrag**

Der Gleichstellungsauftrag des Bundes sollte neben der Gleichstellung der Geschlechter auch die Gleichstellung bezüglich der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität umfassen. Dies kann mit einer gesetzlichen Anpassung oder aber mit der Schaffung eines merkmalsübergreifenden eigenständigen Diskriminierungsschutzrechts erfolgen.

#### **Erläuterung:**

Obschon der in der Verfassung verankerte Gleichstellungsauftrag des Bundes lediglich auf die Gleichstellung der Geschlechter abzielt, lässt sich aufgrund des Sachzusammenhangs<sup>7</sup> die Gleichstellung in Bezug auf die sexuelle Orientierung und die sexuelle Identität diesem Lebensbereich zuordnen. Der Schutz gegenüber Geschlechterbenachteiligung sollte nicht allein auf die Benachteiligung der Frau gegenüber dem Mann beschränkt sein, sondern sollte auch die sexuelle Identität und die sexuelle Orientierung (Lebensform) beinhalten.

Da Vorstösse zur Schaffung eines umfassenden Diskriminierungsschutzrechtes bislang keinen mehrheitlichen politischen Rückhalt finden konnten, bietet es sich an, den Auftrag zur Gleichstellung der Geschlechter auf Gleichstellung der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität auszuweiten. Die Anknüpfung an das Geschlecht stellt einen Sinn- und Sachzusammenhang her; gleichzeitig sind die Behörden bereits jetzt mit Fragen der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität (im Rahmen des Gewaltschutzgesetzes) betroffen. Diese inhaltliche und praktische Nähe rechtfertigt entsprechend eine partielle Erweiterung des Auftrags<sup>8</sup>. Die eidgenössischen, kantonalen und städtischen Fachstellen für Gleichstellung sind prädestiniert, hier die Gleichstellung aufgrund der Lebensform voranzutreiben, Diskriminierungsschutzmassnahmen zu entwerfen und umzusetzen.

Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität werden oft von Gewalt begleitet, mangelt es hier jedoch an effektiven Massnahmen, bzw. eigenen (Straf-) Tatbeständen, die dieser diskriminierenden Gewalt spezifisch Einhalt gebieten (vgl. zur rassistischen und häuslichen Gewalt). Insbesondere Delikte gegenüber Transmenschen bedürfen eines expliziten rechtlichen Schutzes. Eine Möglichkeit wäre, die gesetzlichen Massnahmen des Gewaltschutzgesetzes analog zu „häuslicher Gewalt“ auf „diskriminierende Gewalt“ auszudehnen. Häusliche Gewalt ist ebenso eine Erscheinungsform von diskriminierender geschlechtsbezogener Gewalt, wie die Hetze und Verfolgung von Menschen mit abweichender sexueller Orientierung oder Identität. Insbesondere im Bereich der häuslichen Gewalt konnte ein effizienter und wirksamer Schutz etabliert werden<sup>9</sup>. So könnte der Gewalt, die aufgrund der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität erfolgt, begegnet werden.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Lehre des Sachzusammenhangs im Verfassungsrecht.

<sup>8</sup> Die Ausweitung auf alle Merkmale des Art. 8 Abs. 2 BV ist ebenfalls denkbar, soll aber im Rahmen dieser Ausführungen nicht analysiert werden. An dieser Stelle soll nur der Hinweis genügen, dass es sich anbietet, die verschiedenen Massnahmen und Schutzbestimmungen (inkl. der strafrechtlichen Vorschriften) im Sinne eines allgemeinen Diskriminierungsschutzrechtes gegenüber allen in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Merkmalsträgern vorzunehmen. Dies vereinheitlicht die Vorschriften und beugt der Hierarchisierung bestimmter Merkmale vor: Stichwort Mehrfachdiskriminierung. Diese Vorgehensweise hat sich bereits in zahlreichen europäischen Nachbarländern bewährt.

<sup>9</sup> Vgl. aktueller Tätigkeitsbericht der IST (Interventionsstelle gegen häusliche Gewalt des Kantons Zürich, Direktion der Justiz und des Innern).



### 3.4. Anpassung des Strafrechts

Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung sollte alle in Art. 8 Abs. 2 BV erwähnten Merkmale explizit strafrechtlich schützen.

#### **Erläuterung:**

Das Verbot der Rassendiskriminierung ist im Strafrecht explizit erfasst. Es ist nicht nachvollziehbar, den strafrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen explizit allein im Rahmen des Merkmals „Rasse“ zu schützen. Die öffentliche Hetze gegenüber gleichgeschlechtlich orientierten Menschen oder aber Transmenschen sollte ebenso strafrechtlich geschützt sein. Hinzu kommt, dass auch öffentliche Verunglimpfungen aufgrund Behinderung oder Alter und Krankheit strafrechtlich geahndet werden sollten. Mangels Rechtfertigung stellt diese eine institutionelle Benachteiligung der anderen in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Merkmalsträger dar. Es gilt, die Rassendiskriminierung auf die in Art. 8 Abs. 2 BV normierten Merkmale, bzw. Gewalt mit diskriminierendem Charakter (diskriminierende Gewalt) zu erweitern.

### 3.5. Anpassung des Partnerschaftsgesetzes

Das Partnerschaftsgesetz weist zahlreiche Regelungen auf, die eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Ehepaaren beinhalten. Eine Revision des Partnerschaftsgesetzes ist längstens überfällig.

#### **Erläuterung:**

Das Recht der eingetragenen Partnerschaft sieht zahlreiche von der Ehe abweichende Regelungen vor. Diese Ungleichbehandlung mag zwar mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Bestandesschutzes der Ehe als Institut begründbar erscheinen, gleichzeitig führt die Ungleichbehandlung zu einer Benachteiligung. Ob diese im Einzelfall gerechtfertigt ist oder nicht, ist umstritten. Nachfolgend werden die massgeblichen Ungleichbehandlungen aufgeführt:

Die **Regelungen des Güterstandes** (Art. 18 – 25 PartG) beispielsweise haben zur Folge, dass bei einer Auflösung der Partnerschaft keine Vorschlagsbeteiligung zugewiesen wird und der Partner an den Errungenschaften während der Ehe (gesetzlich) nicht partizipiert. Da die meisten eingetragenen Partnerschaften in einem Haushalt leben und oftmals auch eine ökonomische Arbeits- (Haushalts-)teilung leben, muss es den Partnern möglich sein, gesetzlich im allgemeinen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu leben, ohne hierfür einen Ehe- oder Partnerschaftsvertrag aufsetzen zu müssen. Zahlreiche Paare sehen sich so gezwungen, kostenpflichtige Beratung in Anspruch zu nehmen bzw. stehen nach einer Auflösung schutzlos da. Die Entscheidung den Güterstand der Gütertrennung zu wählen, ist weitaus einfacher vorzunehmen, so dass es sich anbietet auch hier im Rahmen der eingetragenen Partnerschaft die Errungenschaftsbeteiligung als ordentlichen Güterstand einzuführen.

Das **Adoptionsverbot** (Art. 28 PartG) ist aufzuheben. Der Ausschluss der Möglichkeit der Stiefkindadoption stellt weiterhin für die Belange von Familien eingetragener Partner eine rechtliche Lücke dar, da hierdurch Kinder, die in einer eingetragenen Partnerschaft geboren werden, gegenüber der Partnerin / dem Partner keine rechtliche Beziehung erhalten und im Falle des Todes wie der Trennung der Partner unmittelbar benachteiligt sind. Stiefkindadoptionen sind in den meisten Ländern, die das Institut einer „registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft“ kennen, zulässig (Island, Dänemark, Deutschland, Finnland). Auch der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption für eingetragene



Partner stellt eine Diskriminierung gegenüber Eheleuten dar, da allein der Umstand der Eintragung die Möglichkeit auch einer (Einzel-)Adoption ausschliesst. Auch hier haben zahlreiche europäische Nachbarländer die Adoption für eingetragene Partner ermöglicht (Niederlande, Schweden, Grossbritannien). In diesem Zusammenhang ist auch der Zugang zu **fortpflanzungsmedizinischen Verfahren** zuzulassen, der in der Praxis im Privaten bereits zahlreich durchgeführt wird (Eigeninsemination).

Die Ungleichbehandlung gegenüber Ehepaaren bezüglich der **erleichterten Einbürgerung nach Art. 27 BÜG** ist ebenfalls nicht gerechtfertigt. Bestand zum Zeitpunkt des Entwurfes noch die Sorge, mit der eingetragenen Partnerschaft einen weiteren Zuwanderungsstrom auszulösen, bzw. Missbrauchspotenziale für „Schein“-Partnerschaften zu schaffen, so beweisen die Statistiken, dass die meisten eingetragenen Partnerschaften zwischen Schweizern geschlossen werden. Die nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung stellt eine Diskriminierung dar.

### 3.6. Anpassungen im Sozialversicherungsrecht

Die Gleichstellung von eingetragenen Partnern mit Witnern nach Art. 13a Abs. 2 ATSG (vgl. auch 19a BVG) ist nicht sachgerecht und geschlechtsspezifisch anzupassen. Die pauschale Gleichstellung von eingetragenen Partnerinnen mit Witnern beruht auf der empirisch nicht belegten Annahme, dass in eingetragenen Partnerschaften Partnerinnen egalitär einer Erwerbstätigkeit nachgehen und der Verzicht auf die Erwerbstätigkeit freiwillig erfolge, sich nicht aus der Partnerschaft ergebe<sup>10</sup>. Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt treffen Frauen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung; auch gleichgeschlechtliche Frauen haben häufig Betreuungspflichten, die zu Unterbrüchen in der Erwerbsbiographie führen.

Art. 29<sup>sexies</sup> Abs. 3 AHVG schlägt zwar die Anwendung der Vorschrift für eingetragene Partner vor. Dennoch können Erziehungsgutschriften nur von Personen beansprucht werden, die die elterliche Sorge im Sinne von Art. 296 ff. ZGB innehaben. Die bei eingetragenen Partnern häufig vorkommenden Pflegekindverhältnisse sowie die Co-Elternschaft eines Partners gibt nach dem Willen des Gesetzgebers keinen Anlass zur Anrechnung von Erziehungsgutschriften (BGE 130 V 241, 244f.). Hier werden eingetragene Partner mittelbar diskriminiert, da sie keine gemeinsamen Kinder haben können und dementsprechend auch keine gemeinsame elterliche Sorge für Kinder haben.

Wesentlich für Kinder, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben ist ebenfalls, dass der Anspruch auf Waisenrente nach der gesetzlichen Bestimmung nur zu demjenigen Partner besteht, zu dem ein Kindesverhältnis nach Art. 252 ZGB vorliegt. Nach Art. 20 BVG setzt der Anspruch auf Waisenrente von Pflegekindern voraus, dass die verstorbene Person für den Unterhalt aufzukommen hatte. Dies führt bei Familien eingetragener Partner nicht immer zu einer befriedigenden Lösung für die Hinterbliebenen. Im Bereich der gesetzlichen Mindestleistungen wurde von der Rechtsprechung offen gelassen, ob ein Stiefkind einem Pflegekind gleichgestellt ist (BGE 128 V 116 im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 1 lit. a BVG, Urteil des EVG vom 19. September 2005, B 14/04). Im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 3 AHVG i.V.m. Art. 49 AHVV stellt die Bestimmung nicht auf das faktische Betreuungsverhältnis, sondern auf die Unterhaltsverpflichtung ab<sup>11</sup>. Bei eingetragenen Partnern, die mit Kindern des Partners leben, besteht mangels Kindesverhältnis eben keine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Kind des Partners.

<sup>10</sup> Botschaft zum Partnerschaftsgesetz, S. 1311.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Kommentar zum PartG Anh. 29, Leuzinger zum BVG.

### 3.7. Anpassungen im IPRG

In diesem Zusammenhang existiert grosse Rechtsunsicherheit in Bezug auf folgende anerkennungsrechtliche Fragen:

(1) Umfang der Anerkennung von ausländischen gleichgeschlechtlichen Ehen und Partnerschaften

(2) Anerkennung von deren Kindern

Diese Fragen sollten dringend von den zuständigen Stellen verbindlich festgestellt werden. Das Zuwarten auf einen gerichtlichen Entscheid in diesem Fall löst grosse Rechtsunsicherheit bei den Betroffenen aus. Es ist notwendig, dass hier durch den Bund verbindliche Weisungen erarbeitet werden, um die Anerkennung und die damit verbundenen Rechtsfolgen (elterliche Sorge, Vermögenssorge, Erbrecht, Adoptionsrecht) rechtsgleich zu gewährleisten.

### 3.8. Anpassungen im ZGB – Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ZGB

Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB sollte auf „**diskriminierende**“ Gewalt ausgedehnt und als Persönlichkeitsverletzung mit Massnahmen des Art. 28b belegt werden.

#### **Erläuterung:**

Der Schutz der Persönlichkeit ist eng mit dem Diskriminierungsschutz nach Art. 8 Abs. 2 BV verbunden, stellen doch die Merkmale des Art. 8 Abs. 2 BV (Rasse, Geschlecht, Lebensform, Religion) identitätsstiftende Merkmale der Persönlichkeit dar. Art. 28 ZGB beinhaltet ein privatrechtliches Diskriminierungsverbot<sup>12</sup>. Dies stellt nach überwiegender Ansicht ein wichtiges „Werkzeug“ für den Diskriminierungsschutz dar. Die sexuelle Orientierung wie auch die sexuelle Identität sind Teile des Persönlichkeitsrechts und hier zu subsumieren. Die Persönlichkeit kann eben durch Verletzungen aufgrund der Schlechterstellung einer bestimmten Gruppe (aufgrund der sexuellen Orientierung oder Identität, der das betroffene Individuum angehört) erfolgen und ist demnach bereits zivilrechtlich geschützt. Probleme im Rahmen der konkreten Umsetzung des Schutzes sind auf administrativer und prozessualer Ebene anzusiedeln. Prozessuale Nachteile sind beispielsweise, dass keine Beweislasteichterung bei Verletzungen vorgesehen ist. Zudem erweist sich der Nachweis des Verschuldens als Haftungsvoraussetzung als ungeeignet, um effizienten Diskriminierungsschutz zu gewährleisten. Hier ist Art. 28 ZGB im Zusammenhang mit Art. 41/42 OR zu berücksichtigen und die Frage, ob Art. 28 ZGB als Schutznorm im Sinne des Art. 41/42 OR gelesen werden kann.

Mithilfe Art. 28b Abs. 1 und 2 ZGB wurde die Möglichkeit geschaffen, Massnahmen gegen persönlichkeitsverletzende (häusliche) Gewalt, wie Rayonverbot, Kontaktverbot, bei häuslicher Gewalt die Ausweisung aus der gemeinsamen Wohnung, etc. im zivilrechtlichen Verfahren zu ahnden. Werden hier noch einzelne prozessbedingte Nachteile (vornehmlich Beweislast und Prozesskostenvorschuss) beseitigt, erscheint das zivilrechtliche Verfahren ein geeignetes Mittel, diskriminierender Gewalt zu begegnen. Gleichzeitig

<sup>12</sup> Peter Gauch/Walter P. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Kommentar zu Art. 28 ZGB, N 1491; Kurt Pärli, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Kapitel 15 und 16; Tarkan Göksu, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg 2003; Pierre Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Freiburg 1984, S. 53 - 72.

ist notwendig, die zahlreichen Erscheinungsformen diskriminierender Gewalt (Outing-problematik, Stalking, Cyberstalking) zu benennen, bzw. sie auf einfachgesetzlicher oder Verordnungsebene oder allein durch Verwaltungsvorschriften zu definieren.

Weiter ist es denkbar, Vertretern der Gruppe (juristischen Personen, beispielsweise NGO's) bei Verletzung ein Verbandsbeschwerderecht<sup>13</sup> beizustellen. Mittels eines Verbandsbeschwerderechts können Vereine oder Verbände die Verletzung nicht eigener Rechte, sondern derjenigen der Allgemeinheit geltend machen. Im Naturschutz ist ein Verbandsbeschwerderecht bereits jetzt vorgesehen, um beispielsweise Bauprojekte zu verhindern. Auch im BehiG ist vorgesehen, dass den Verbänden ein Beschwerderecht zustehen soll. Die Klageberechtigung von Vereinigungen wie LOS und Pink Cross sowie Transgendernetzwerk, Regenbogenfamilien sind wünschenswert und demnach in den Katalog der Empfehlungen aufzunehmen, dies aber mit dem Hinweis auf die Individualisierbarkeit der Gruppenmitglieder.

### **3.9. Anpassung des Arbeitsgesetzes (Art. 6 ArG i.V.m. VO 3 zum ArG und Art. 328 OR)**

#### **Erläuterung:**

**3.9.1.** Art. 6 des ArG hat die Pflichten des Arbeitgebers normiert: „Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. (...)“. In Anwendung des Absatz 4 wurde die Verordnung 3 zum ArG formuliert, die diese Pflichten konkretisiert. Eine Verordnung zum Arbeitsgesetz sollte den Diskriminierungsschutz explizit gewährleisten. Bislang ist die Konkretisierung des Schutzes des Arbeitnehmers in der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz in Art. 2 geregelt: „Der Arbeitgeber muss alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten“. In der Wegleitung zur Verordnung heisst es sodann, es sei „ausdrücklich die Pflicht des Arbeitgebers aufgenommen, die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorzusehen. Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass die physische und psychische Integrität des Arbeitnehmers gewahrt bleibt, was auch die Achtung seiner Persönlichkeit einschliesst. (...). Zu den Eingriffen in die persönliche Integrität fallen z.B. sexuelle Belästigung und Mobbing oder Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der Religion. Die Behörde kann in diesen Fällen vor allem vorbeugend tätig sein (Information, Beratung und Sensibilisierung in den Betrieben), aber auch im Problemfall eingreifen (...)“. Eine explizite Erwähnung des Diskriminierungsschutzes im Verordnungstext selbst fehlt. Auch ist lediglich die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder Religion genannt: sexuelle Identität oder Lebensform sind nirgends genannt.

---

<sup>13</sup> Vgl. das Verbandsbeschwerderecht im Umwelt- und Raumplanungsrecht; Umweltschutzgesetz, Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, vgl. hierzu Studie der Rechtsfakultät der Universität Genf Tanquerel/Flückinger/Dubouchet, Droits recours des organisations écologistes, Statistiques actualisées relatives au recours de droit administratif au Tribunal Fédéral (55 LPE/12 LPN/14 LCPR).

**3.9.2.** Die vertragsrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR umfasst bereits jetzt die Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Umgebung. Vertragsrechtlich ist der Arbeitgeber bereits jetzt angehalten, Persönlichkeitsverletzungen von Arbeitnehmern durch Mitarbeitende entgegenzuwirken. Die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR umfasst nicht nur die sittliche Geltung, sondern auch das berufliche und gesellschaftliche Ansehen der Mitarbeitenden. Eine Verletzung liegt vor, wenn einer bestimmten Person jede Menschenwürde abgesprochen wird (BGE 103 II 61; BGE 105 II 161). So können auch negative Äusserungen persönlichkeitsverletzend sein. In der Bewertung, was als negativ gelten soll, erachtet das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Empfindungen des Betroffenen als unerheblich und legt einen „allgemeinen“, „objektiven“ Massstab zu Grunde, d.h. es geht vom Standpunkt des „Durchschnittsbürgers“ aus (BGE 107 II 1, BGE 103 II 161). Auch der Schutz vor Mobbing im Arbeitsverhältnis ist bereits im Fürsorgegebot von Art. 328 OR umfasst, da Kündigungen als missbräuchlich einzustufen sind, die aufgrund einer Leistungseinbusse, ihrerseits auf Mobbing im Betrieb zurückzuführen ist, missbräuchlich sind (BGE 125 III 70). Der Arbeitgeber ist verantwortlich dafür, Mobbing im Betrieb mit entsprechenden Massnahmen entgegenzuwirken<sup>14</sup>. Entsprechende Handlungen zu Lasten gleichgeschlechtlicher oder Transmenschen sind demnach bereits jetzt durch den Arbeitgeber zu unterbinden. Denkbar ist hingegen, den Persönlichkeitsschutz im Arbeitsgesetz derart zu verankern und auf dem Verordnungsweg zu konkretisieren. Hierfür sind Verordnungen vorzunehmen, die die Umsetzung von Schutzmassnahmen im Falle einer potentiellen Persönlichkeitsverletzung umsetzen. Weiter sind verfahrenstechnische Vereinfachungen denkbar, die das Vorgehen aufgrund von Fürsorgepflichtverletzungen für die Opfer erleichtern. Bereits jetzt existieren für den Art. 6 des ArG zahlreiche Erleichterungen für klagende Arbeitnehmer. Eine Umkehr der Beweislast ist ein prozessuales Thema kann hier Betroffenen den Verfahrensweg erleichtern<sup>15</sup>. Auch ist sinnvoll, am „Beweismass“ anzusetzen. Das Thema des Beweismasses (strenger Beweis, Glaubhaftmachung) ist von der Gerichtszuständigkeit abhängig und z.T. bereits jetzt genügend geregelt.

### **3.10. Anpassung im Versicherungswesen (KVG und Zusatzversicherungen)**

Es ist notwendig, auf die unterschiedlichen gesundheitlichen Bedürfnisse gleichgeschlechtlich orientierter Menschen Rücksicht zu nehmen (erhöhtes HIV-Risiko bei gleichgeschlechtlich orientierten Männern, spezifische gesundheitsrechtlich relevante Bereiche lesbischer Frauen<sup>16</sup>). In diesem Bereich sind die Kantone verpflichtet, eine diskriminierungsfreie Gesundheitspolitik zu vollziehen. Eine diskriminierungsfreie Gesundheitspolitik umfasst auch mittelbare Diskriminierungen<sup>17</sup>. Insbesondere ist erforderlich, dass die Grundsätze des Diskriminierungsschutzes auch im Bereich der privaten Kranken(zusatz)versicherung und bei Lebensversicherung Anwendung finden. So kann eine Erweiterung des Katalogs der Behandlungen im Rahmen der Grundversicherung, die für gleichgeschlechtlich orientierte Menschen und Menschen mit einer abweichenden sexu-

---

<sup>14</sup> Manfred Rehbinder/Alexander Krausz, Psychoterror am Arbeitsplatz, Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR 1996, 17 – 48.

<sup>15</sup> Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2012.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Kurt Pärli/Alexandra Caplazi/Caroline Suter, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007.

<sup>17</sup> Mittelbare Diskriminierung bedeutet, dass die Benachteiligung eines Merkmalsträgers darin erfolgt, dass dieser besonders häufig betroffen ist.

ellen Identität häufig vorkommen, sinnvoll erscheinen. In der Lebensversicherung sowie in der Krankenversicherung ist erforderlich, dass eingetragene Partner umfassend mit Eheleuten gleichgestellt werden. Der Einbezug des Partners in der Lebensversicherung sowie der Bezug der Leistungen bei Versterben des Partners dürfen keine ungleiche Behandlung erfahren und auch nicht der Willkür privater Lebensversicherer anheimgestellt sein.

Ein weiterer Bereich ist die Berücksichtigung des Diskriminierungsschutzes bei datenschutzrechtlich relevanten Bereichen, bspw. Angaben auf dem Versicherungsblatt („Notwehrrecht der Lüge“).

### **3.11. Anpassungen im Bereich Erziehung und Bildung**

Im Bereich der Bildung ist es sinnvoll, eine einheitliche Aufklärung bezüglich Nichtdiskriminierung an Schulen (Lehrpläne, Lehrmittel) vorzunehmen. Die Regelung von Schulangelegenheiten (Lehrpläne, etc.) ist zwar den Kantonen überlassen, doch kann mittels Empfehlungen auch hier eine einheitliche Aufklärungs- und Umsetzungsstrategie verfolgt werden, die bspw. von der Fachkonferenz der Erziehungsdirektoren geleitet werden könnte. Mit der Annahme der Volksabstimmung zur Harmonisierung des Schulwesens wurden die Kantone verpflichtet, eine einheitliche Koordination hinsichtlich der Ziele der einzelnen Bildungsstufen untereinander vorzunehmen. Die Koordination im Projekt „Lehrplan 21“ sollte auch hier Diskriminierungsschutz an Schulen beinhalten. Dasselbe gilt für den sekundären und tertiären Bildungssektor. Hier erfolgt bereits ein beachtlicher Aufwand betreffend der Förderung von Frauen, bzw. der Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

### **3.12. Anpassungen im Bereich Wohnen, Sport und Freizeit**

In diesem Bereich ist das Ziel, auch Private dazu anzuhalten, Diskriminierungen beim Vertragsabschluss bzw. bei Verweigerung des Vertragsabschluss zu vermeiden. Dies beinhaltet den unbedingten Zugang zu privaten Veranstaltungen und die Gewährleistung von Versammlungsrechten und Schutz vor Störungen von Versammlungen. Gleichzeitig sollen private Veranstalter dazu angehalten werden, Veranstaltungen mit diskriminierenden Inhalten zu unterbinden. Dadurch, dass Vorgaben hier in den geschützten Bereich der Privatautonomie eingreifen, lassen sich gesetzliche Verbote schwer formulieren. Dennoch besteht in diesem Bereich Handlungsbedarf, der sich jedoch hauptsächlich auf politische (Aufklärungs-)Arbeit mittels Weisungen und Empfehlungen beschränkt. Will man auf Diskriminierung im Sport und in der Sportförderung hinweisen, gilt es mit Weisungen und Empfehlungen zu operieren. Einen expliziten Antidiskriminierungsauftrag enthalten die Regelungen des Sportes (Bundesgesetz betreffend die Förderung von Turnen und Sport) nicht. Dies ist auch in der Zielsetzung des Bundesgesetzes zur Förderung von Sport nicht vorgesehen (siehe Botschaft).

### **3.13. Anpassung im Erwachsenenschutzrecht**

In Art. 492a Abs. 1 ZGB (ab 1. Januar 2013) fehlt die Erwähnung des eingetragenen Partners; laut Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht ein editorischer Fehler.

### 3.14. Anpassung im Migrationsrecht

Im Rahmen migrationsrechtlicher Fragen sind in erster Linie zwei Probleme zu behandeln:

- (1) Die Erweiterung des Anspruches auf erleichterte Einbürgerung (s.o.) sowie die
- (2) Härtefallregelung, dass der Partner nach Auflösung der Partnerschaft in der Schweiz verbleiben kann (Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG i.V.m. Art. 52 AuG) und
- (3) die Anpassung im Asylrecht.

Der Verfolgungsgrund der sexuellen Orientierung bzw. der Geschlechtsidentität ist bereits jetzt im Asylgesetz als Flüchtlingsgrund anerkannt. Auch im Asylrecht ist es notwendig, die Verfolgung aufgrund gleichgeschlechtlicher Orientierung und sexueller Identität effizienter zu gestalten. Problematisch ist, dass eine konkrete Verfolgung nachgewiesen werden muss. Eine Gestaltung analog den abstrakten Gefährdungsdelikten des Strassenverkehrs bzw. eine Beweislast erleichterung würde hier sicherlich zur Klärung der ungenügenden rechtlichen Situation beitragen<sup>18</sup>. Es ist bei der Entscheidung der Gewährung eines Asylrechts nicht auf eine tatsächliche Verfolgung abzustellen, sondern auf die nationale Gesetzeslage im Herkunftsland (bspw. aufgrund der Normierung von Homosexualität als strafbare Handlung). Das Zuwarten auf bzw. das Provozieren einer staatlichen Verfolgung ist den Betroffenen nicht zumutbar.

---

<sup>18</sup> Vgl. Martin Bertschi, Der Asylgrund der Homosexualität, Asyl 2006, S. 43.