

SEXUELLE UND REPRODUKTIVE GESUNDHEIT UND DIESBEZÜGLICHE RECHTE

**Eine Bestandesaufnahme zum Recht der UNO,
des Europarates und der Schweiz**

Alecs Recher

2. AUFLAGE 2019

DANKSAGUNG UND AUTOR_INNENVERZEICHNIS

Für ihre fachlichen Hinweise geht mein bester Dank an Michèle Amacker, Christina Hausammann und Judith Wyttenbach. Julia Egenter danke ich für die Mithilfe bei der formalen Bearbeitung, Elijah Strub und Janine Lüthi für das Lektorat und das Korrektorat.

Ein herzlicher Dank geht auch an Barbara Berger, Susanne Rohner Baumgartner und Noël Tshibangu von SEXUELLE GESUNDHEIT Schweiz. Im Dialog mit ihnen, vor allem mit Susanne Rohner Baumgartner, erarbeitete ich den Fokus und die Struktur der vorliegenden Bestandesaufnahme.

Mit finanzieller Unterstützung des Bundesamts für Gesundheit BAG realisiert.

Alecs Recher, dipl. klinische Heil- und Sozialpädagogik und Master of Law, wissenschaftliche Mitarbeit im Bereich Geschlechterpolitik am Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) in Bern.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	VIII
I. EINFÜHRUNG	17
1. Ausgangspunkt und Mandat.....	17
2. Forschungsstand, Methodik und Eingrenzung der Fragestellung	18
3. Terminologie und Definitionen.....	19
3.1. Sexuelle und reproduktive Gesundheit.....	19
3.2. Sexuelle und reproduktive Rechte.....	20
3.3. Unterschiede und Beziehungen zwischen den Termini.....	21
II. INTERNATIONALES RECHT	23
1. Universelle Ebene: Vereinte Nationen	23
1.1. SRHR in den UN-Menschenrechtsübereinkommen	23
1.1.1. Übersicht	23
1.1.2. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau im Besonderen.....	25
1.1.3. Verpflichtungen des Staates aus den Menschenrechtsverträgen	26
1.2. Praxis der Vertragsorgane zu den sexuellen und reproduktiven Rechten.....	26
1.2.1. Übersicht	26
1.2.2. Empfehlungen der Vertragsüberwachungsorgane im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens (Concluding Observations).....	28
1.2.3. Allgemeine Bemerkungen zur Auslegung und Umsetzung einzelner Vertragsbestimmungen (General Comments).....	29
1.2.4. Bemerkungen der Vertragsüberwachungsorgane im Rahmen der Individualbeschwerdeverfahren (Views)	33
1.3. Bemühungen auf politischer Ebene (Soft-Law).....	34
1.3.1. Menschenrechtsrat.....	35
1.3.2. Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (SDG)	36
1.3.3. Weitere	37
2. Regionale Ebene: Europarat.....	38
2.1. Einleitung zur Europäischen Menschenrechtskonvention	38
2.2. Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention und deren Auslegung	40
2.3. Recht auf Leben (Art. 2).....	42
2.4. Verbot der Folter (Art. 3)	42
2.4.1. Allgemeines zum Verbot der Folter	42
2.4.2. Folter- und Misshandlungsverbot in Bezug auf Sexualität und Reproduktion	43
2.5. Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit (Art. 4)	43
2.5.1. Allgemeines zum Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit.....	43
2.5.2. Menschenhandel zum Zweck der Sexarbeit.....	44
2.6. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5)	45
2.6.1. Allgemeines zum Recht auf Freiheit und Sicherheit.....	45
2.6.2. Freiheitsentzug zur Prävention der Verbreitung sexuell übertragbarer Krankheiten	46
2.7. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8).....	46
2.7.1. Allgemeines zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	46
2.7.2. Medizinische Behandlung und Gesundheitsdaten	48
2.7.3. Sexuelleben.....	49
2.7.4. Transmenschen (Geschlechtsidentität).....	50
2.7.5. Homo- und Bisexualität (sexuelle Orientierung).....	51
2.7.6. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Embryonenspende und Forschung.....	52
2.7.7. Schwangerschaftsabbruch	53

2.7.8.	Geburt und Neugeborene.....	54
2.7.9.	Abstammungskennntnis und (rechtliches) Kindsverhältnis	55
2.7.10.	Umweltverschmutzung	56
2.8.	Religions- und Glaubensfreiheit (Art. 9)	56
2.8.1.	Allgemeines zur Religions- und Glaubensfreiheit.....	56
2.8.2.	Religions- und Glaubensfreiheit im Spannungsfeld mit sexuellen und reproduktiven Rechten und Sexualkundeunterricht.....	57
2.9.	Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10)	58
2.9.1.	Allgemeines zur Meinungsäusserungsfreiheit.....	58
2.9.2.	Meinungsäusserungsfreiheit in Bezug auf Sexualität und Reproduktion.....	59
2.10.	Recht auf Eheschliessung (Art. 12)	60
2.10.1.	Recht auf Ehe.....	60
2.10.2.	Scheidung und Wiederverheiratung	61
2.10.3.	Recht auf Familiengründung	62
2.10.4.	Gleichberechtigung der Ehegatt_innen	62
2.11.	Diskriminierungsverbot (Art. 14).....	62
III.	BUNDESRECHT	65
1.	Geltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in der Schweiz	65
2.	Bundesverfassung.....	67
2.1.	Einleitung.....	67
2.2.	Grundrechte	67
2.2.1.	Einleitung.....	67
2.2.2.	Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV).....	68
2.2.3.	Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV).....	70
A.	Recht auf Leben	70
B.	Verbot der Todesstrafe.....	70
C.	Recht auf persönliche Freiheit.....	71
2.2.4.	Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)	72
2.2.5.	Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)	74
A.	Allgemeines zum Recht auf Hilfe in Notlagen	74
B.	Hilfe in Notlagen bezüglich SRHR.....	74
2.2.6.	Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)	75
A.	Achtung des Privatlebens und der Privatsphäre	75
B.	Achtung des Familienlebens	75
2.2.7.	Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV)	75
A.	Ehebegriff.....	75
B.	Recht auf Ehe.....	76
C.	Recht auf Familiengründung	77
2.2.8.	Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV)	78
2.2.9.	Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)	78
A.	Allgemeines zum Anspruch auf Grundschulunterricht.....	78
B.	Sexualkundeunterricht.....	79
2.3.	Sozialziele (Art. 41 BV)	79
2.4.	Staatsaufgaben und Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	80
2.4.1.	Einleitung.....	80
2.4.2.	Schulwesen (Art. 62 BV)	80
A.	Allgemeines zum Schulwesen.....	80
B.	Sexualkundeunterricht als Teil des Grundschulunterrichts	81
C.	Ausserschulische Bildung	82
2.4.3.	Familienzulagen und Mutterschaftsversicherung (Art. 116 BV)	82
2.4.4.	Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV)	83
A.	Allgemeines zur Kranken- und Unfallversicherung.....	83
B.	Kostenübernahme von Schwangerschaftsabbruch	83

2.4.5.	Medizinische Grundversorgung (Art. 117a BV)	83
2.4.6.	Schutz der Gesundheit (Art. 118 BV)	84
A.	Allgemeines zum Schutz der Gesundheit.....	84
B.	Schutz der sexuellen und reproduktiven Gesundheit.....	85
2.4.7.	Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV)	85
A.	Allgemeines zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich.....	85
B.	Konkretisierung von Art. 119 BV	86
C.	Präimplantationsdiagnostik	87
2.4.8.	Zivilrecht (Art. 122 BV)	87
2.4.9.	Strafrecht (Art. 123 BV)	88
2.4.10.	Art. 123a BV	88
2.4.11.	Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Art. 123b BV).....	89
2.4.12.	Massnahme nach Sexualdelikten an Kindern oder an zum Widerstand unfähigen oder urteilsunfähigen Personen (Art. 123c BV)	89
2.4.13.	Opferhilfe (Art. 124 BV)	91
3.	Gesetzes- und Verordnungsrecht des Bundes	91
3.1.	Einleitung.....	91
3.2.	Medizinische Behandlung	92
3.2.1.	Zulässigkeit medizinischer Behandlung und Behandlungspflicht	92
A.	Aufgeklärte Einwilligung in medizinische Behandlungen.....	92
B.	Sorgfaltspflicht und Behandlungspflicht der Ärzt_innen	94
3.2.2.	Krankenversicherung	94
A.	Obligatorische Krankenpflegeversicherung.....	94
B.	Zusatzversicherungen	96
3.2.3.	Geheimnisschutz.....	96
A.	Straf- und privatrechtlicher Geheimnisschutz.....	97
B.	Datenschutzpflicht der Krankenversicherungen	97
C.	Schutz der Gesundheitsdaten Minderjähriger	97
3.3.	Sexarbeit	98
3.3.1.	Begriffsdefinition.....	98
3.3.2.	Zulässige Sexarbeit und Sittenwidrigkeit des Vertrages	99
3.3.3.	Unzulässige Sexarbeit Minderjähriger.....	100
3.3.4.	Unzulässigkeit der fremdbestimmt ausgeübten Sexarbeit Erwachsener.....	101
3.3.5.	Präventionsmassnahmen zum Schutz von Sexarbeiter_innen	102
3.4.	Förderung, Erhalt und Wiederherstellung der sexuellen Gesundheit als Teil der psychischen Gesundheit.....	102
3.4.1.	Geschlechtsmerkmale, Geschlechtsidentität, Geschlechtsausdruck und sexuelle Orientierung	102
A.	Diskriminierungsschutz, Schutz der Persönlichkeit und Zugang zur Justiz von LGBTI-Menschen....	102
B.	Asexualität.....	103
C.	Geschlechtsmerkmale (Inter*).....	105
D.	Geschlechtsidentität und -ausdruck (Trans*)	107
E.	Sexuelle Orientierung.....	111
3.4.2.	Sexuelle Dysfunktion.....	113
A.	Krankheitswert sexueller Dysfunktion.....	114
B.	Operative Behandlung sexueller Dysfunktion.....	114
C.	Medikamentöse Behandlung sexueller Dysfunktion und sexuelle Dysfunktion als unerwünschte Arzneimittelwirkung	115
D.	Integritätsentschädigung für unfallbedingte sexuelle Dysfunktion	116
E.	Behinderungen mit sexueller Dysfunktion	116
F.	Beratungsmandat der Schwangerschaftsberatungsstellen zu sexueller Dysfunktion	116
3.5.	Förderung, Erhalt und Wiederherstellung der reproduktiven Gesundheit	117
3.5.1.	Verhütung.....	117
A.	Arzneimittel zur Verhütung und zur Notfallkontrazeption	117

B.	Medizinprodukte zur Schwangerschaftsverhütung	119
C.	Sterilisation	119
3.5.2.	Schwangerschaft	120
A.	Arbeitsrechtlicher Schutz bei Schwangerschaft	121
B.	Taggeldleistungen bei Mutterschaft und Vaterschaftsurlaub	122
C.	Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bei Mutterschaft	123
D.	Renten für schwangere Witwen und Waisen	124
E.	Schwangerschaftsberatungsstellen	124
F.	Schwangerschaft im Vollzug von Freiheitsstrafen	125
3.5.3.	Schwangerschaftsabbruch	125
A.	Strafloser Schwangerschaftsabbruch	125
B.	Strafbarer Schwangerschaftsabbruch	126
C.	Leistungen der Krankenversicherung bei Schwangerschaftsabbruch	127
D.	Schwangerschaftsabbruch im Arbeitsrecht	127
E.	Schwangerschaftsabbruch und genetische Untersuchung, Humanforschung und Transplantation ..	127
3.5.4.	Pränatale genetische Untersuchungen	128
A.	Begriffsklärungen	128
B.	Zulässige zu untersuchende Eigenschaften	128
C.	Pränatale genetische Untersuchungen durchführende Ärzt_innen und Labors	129
D.	Information, Beratung und Einwilligung vor pränataler genetischer Untersuchung	130
E.	Umgang mit dem Untersuchungsergebnis	131
F.	Arzthaftung bei Elternschaft nach unterlassener pränataler Untersuchung	132
G.	Leistungen der Krankenversicherungen an pränatale genetische Untersuchungen	132
H.	Präimplantationsdiagnostik	133
3.5.5.	Fortpflanzungsmedizin	134
A.	Voraussetzungen der Anwendung von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren	134
B.	Leistungen der Krankenversicherung an fortpflanzungsmedizinische Verfahren	135
C.	Keimzellenspende	135
D.	Leihmutterschaft	137
E.	Strafrechtliches Verbot weiterer Techniken	137
3.5.6.	Entstehung von rechtlicher Elternschaft und Abstammungsklä rung	138
A.	Grundsätze	138
B.	Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter	138
C.	Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater	138
D.	Adoption	139
E.	Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung	140
F.	Rechtsstellung von Stiefeltern	140
G.	Anonmie und vertrauliche Geburt, Babyklappen	141
3.6.	Prävention von HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen (STI)	141
3.6.1.	Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten	141
A.	Allgemeine und spezifische Präventionsmassnahmen gegen sexuell übertragbare Krankheiten	142
B.	Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten im Blutspendewesen	143
3.6.2.	HIV-Test	144
3.6.3.	HIV-Arzneimittel	145
A.	HIV-Präexpositionsprophylaxe (PrEP)	145
B.	HIV-Postexpositionsprophylaxe (PEP)	146
C.	Behandlung einer HIV-Infektion	146
3.7.	Prävention von sexueller Gewalt	146
3.7.1.	Straftatbestände zum Schutz der sexuellen Integrität	146
3.7.2.	Sexting	147
A.	Sexting im Strafrecht	148
B.	Schutz von Sexting-Opfern im Zivil- und Datenschutzrecht	149
3.7.3.	Weibliche Genitalverstümmelung	149
A.	Strafrechtliches Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung	149
B.	Strafprozessuale und weitere Massnahmen gegen weibliche Genitalverstümmelung	150

C.	Weibliche Genitalverstümmelung als geschlechtsspezifische Verfolgung	151
3.7.4.	Zwangsheirat, -ehe und erzwungene eingetragene Partnerschaft	152
A.	Begriffsklärungen	152
B.	Massnahmenpaket des Bundes gegen Zwangsheiraten und erzwungene eingetragene Partnerschaften	152
C.	Strafrechtliches Verbot von Zwangsheirat und erzwungener eingetragener Partnerschaft	153
3.7.5.	Häusliche Gewalt	154
A.	Häusliche Gewalt im Strafrecht	155
B.	Zivilrechtlicher Schutz von Opfern häuslicher Gewalt	157
C.	Ausländerrechtlicher Aufenthalt des Opfers von häuslicher Gewalt	158
3.7.6.	Opferhilfe	159
3.8.	Bildung zur sexuellen Gesundheit	160
3.8.1.	Sexualkundeunterricht	160
3.8.2.	Sexuelle Bildung für Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung	160
3.8.3.	Aus- und Weiterbildung von Fachleuten	161
A.	Universitäre Medizinal- und Psychologieberufe	162
B.	Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte	162
C.	Opferberatungs- und Schwangerschaftsberatungsstellen	162
IV.	SCHLUSSBETRACHTUNGEN	164
1.	Einleitung	164
2.	Zentrale Aspekte des Menschenrechtsschutzes	165
2.1.	Schutz der körperlichen und psychischen Integrität, Schutz vor Gewalt und Ausbeutung	165
2.2.	Achtung und Schutz von Autonomie und Identität	167
2.3.	Schutz der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens	168
2.4.	Nichtdiskriminierung	169
2.5.	Gesundheitsförderung und Prävention	170
2.6.	Information, Bildung und Beratung	170
3.	Menschenrechtlich relevante Aspekte der Handlungsfelder	172
3.1.	Sexarbeit	172
3.2.	Sexuelle Gesundheit als Teil der psychischen Gesundheit	173
3.3.	Reproduktive Gesundheit	174
3.4.	HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen	175
3.5.	Sexuelle Gewalt	176
3.6.	Bildung zur sexuellen Gesundheit	177
	Literatur- und Materialienverzeichnis	178
	Literatur	178
	Materialien und andere Dokumente	186
	Tabellenverzeichnis	192

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
Add.	Zusätzlich
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVV	Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AL	Analysenliste
AMBV	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung, SR 812.212.1)
AMZV	Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, SR 812.212.22)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 5	Verordnung 5 vom 28. September 2007 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, SR 142.20)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10)
BBI	Bundesblatt
BBT	Bundesrat für Berufsbildung und Technologie
BBV	Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, SR 412.101)
Bd.	Band

BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, SR 151.3)
BehiV	Behindertengleichstellungsverordnung vom 19. November 2003 (SR 151.31).
BGE	Bundesgerichtsentscheid
β-HCG	Beta-humanes Choriongonadotropin
BJ	Bundesamt für Justiz
BRK	Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, SR 0.109), eng.: CRPD
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CAT	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, dt.: Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK) Committee Against Torture, dt.: Ausschuss gegen Folter
CCPR	Human Rights Committee, dt.: Menschenrechtsausschuss
CED	Committee on Enforced Disappearances, dt.: Ausschuss gegen das Verschwindenlassen von Personen
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, dt.: Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau Committee on the Elimination of Discrimination against Women, dt.: Ausschuss gegen Frauendiskriminierung
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination, dt.: Ausschuss gegen Rassendiskriminierung
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights, dt.: Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialrechtsausschuss)
CM	Committee of Ministers, dt.: Ministerkomitee des Europarates
CMW	Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, dt.: Ausschuss für die Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen
CN	Commission, dt.: Kommission
CPED	International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, dt.: Konvention gegen das Verschwindenlassen von Personen

CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities, dt.: Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, dt.: Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen
CRC	Convention on the Rights of the Child, dt.: Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK) Committee on the Rights of the Child, dt.: Ausschusses für die Rechte des Kindes
d. h.	das heisst
DNA	Deoxyribonucleic Acid, dt: Desoxyribonukleinsäure
DSD	Disorders of Sexual Development
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E.	Erwägung
EAZW	Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen
ECHR	European Court of Human Rights, dt. : Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)
ECOSOC	Economic and Social Council, dt.: Wirtschafts- und Sozialrat
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
EDA	Eidgenössisches Departement für Auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EDI V	Verordnung des EDI vom 1. Dezember 2015 über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101.126)
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössische
EKIF	Eidgenössische Kommission für Impffragen
EKSG	Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EOG	Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbssersatzgesetz, SR 834.1)
EpG	Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, SR 818.101)
EpV	Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, SR 818.101.1)
EU	Europäische Union

EUGH	Europäischer Gerichtshof
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f. / ff.	folgende
FGC	Female genital cutting
FGM	Female genital mutilation
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, SR 810.11)
Fn.	Fussnote
FoK	Übereinkommen vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105), engl.: CAT
FZA	Abkommen vom 1. Juni 2002 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
GA	General Assembly, dt.: Generalversammlung
GC	General Comment, dt.: Allgemeiner Kommentar
GesBG	Bundesgesetz vom 30. September 2016 über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, SR 15.077)
GgV	Verordnung vom 9. Dezember 1985 über Geburtsgebrechen (SR 831.232.21)
GIG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG, SR 151.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GUMEK	Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen
GUMG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12)
GUMV	Verordnung vom 14. Februar 2007 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.122.1)
GUMV-EDI	Verordnung des EDI vom 14. Februar 2007 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.122.122)
HCG	Human Choriongonadotropin
HFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, SR 810.30)
HIV	Human immunodeficiency virus, dt.: Humanes Immundefizienz-Virus
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, SR 812.21)
HPV	Human Papillomaviruses, dt.: Humane Papillomviren

HR	Human Rights, dt.: Menschenrechte, Menschenrechts-
HRC	Human Rights Council, dt.: Menschenrechtsrat
Hrsg.	Herausgeber_in
HVI	Verordnung des EDI vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (SR 831.232.51)
IAO	Internationale Arbeitsorganisation, engl.: International Labour Organization (ILO)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights, dt.: Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, dt.: Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK)
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, dt.: Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)
ICMW	International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, dt.: Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen
ICPD	International Conference on Population and Development
ILO	International Labour Organisation, dt.: Internationale Arbeitsorganisation (IAO)
insb.	insbesondere
IPPF	International Planned Parenthood Federation
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i. V. m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
Kap.	Kapitel
KJFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der ausser-schulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz, SR 446.1)
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, SR 832.112.31)

KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107), engl.: CRC
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (SR 832.102)
LGBTI	Lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex, dt.: lesbische, schwule, bisexuelle, trans und inter Menschen
lit.	Litera
MDG	Millennium Development Goals, dt.: Millenniums-Entwicklungsziele
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, SR 811.11)
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (SR 812.213)
MSM	Men having sex with men, dt.: Männer, die Sex mit Männern haben
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Nota
NEK	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
NIPT	Nicht-invasiver pränataler Test
No(s) / Nr.	Nummer(n)
NPHS	Nationales Programm HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen
NR	Nationalrat
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OHV	Verordnung vom 27. Februar 2008 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfeverordnung, SR 312.51)
OII	Organisation Intersex International
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PACE	Parliamentary Assembly of the Council of Europe, dt.: Parlamentarische Versammlung des Europarates
PAPP-A	Pregnancy-associated plasma protein A
PartG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.231)
PEP	Postexpositionsprophylaxe
PID	Präimplantationsdiagnostik

PrEP	Präexpositionsprophylaxe
PsyG	Bundesgesetz vom 18. März 2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, SR 935.81)
RDK	Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (SR 0.104), engl.: ICERD
REC	Recommendation, dt.: Empfehlung
RES	Resolution
Rev.	Revision
RKUV	Rechtsprechung zur Kranken- und Unfallversicherung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SDG	Sustainable Development Goals, dt.: Nachhaltige Entwicklungsziele
SEM	Staatssekretariat für Migration
SEV	Sammlung der Europaratsverträge
SGK	St.Galler Kommentar
SGUM	Schweizerische Gesellschaft für Ultraschall in der Medizin
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren
SR	Systematische Rechtssammlung
SRHR	Sexual and reproductive health and rights, dt.: Sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte
SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
SterilisationsG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
STI	Sexually transmitted infections, dt.: Sexuell übertragbare Infektionen
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVK-OHG	Schweizerischen Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung
TA	Technologiefolgen-Abschätzung
TransplantationsG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, SR 810.21)

UN	United Nations, dt.: Vereinte Nationen
UNFPA	United Nations Population Fund
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention, siehe KRK
UNO	United Nations Organization
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte (SR 0.103.1), engl.: ICESCR
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2), engl.: ICCPR
UPR	Universal Periodic Review, dt.: Universelle periodische Überprüfung
USA	United States of America
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, SR 814.01)
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (SR 832.202)
v.	versus
VAM	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, SR 812.212.21)
VLvM	Verordnung vom 22. Juni 2006 betreffend die Liste der verschreibungspflichtigen Medizinprodukte (SR 812.213.6)
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021)
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WeBiG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über die Weiterbildung (SR 419.1)
WHO	World Health Organization, dt.: Weltgesundheitsorganisation
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

ZP	Zusatzprotokoll
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2)

I. EINFÜHRUNG

1. Ausgangspunkt und Mandat

Die Organisation SEXUELLE GESUNDHEIT Schweiz¹ hat das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKMR (Themenbereich Geschlechterpolitik) beauftragt, ausgehend von den international verankerten Verpflichtungen eine Bestandesaufnahme über bestehende rechtliche Verbindlichkeiten und gesetzliche Verankerungen der sexuellen und reproduktiven Gesundheit und diesbezüglicher Rechte in der Schweiz zu erstellen. Die Auftraggeberin möchte mit der Bestandesaufnahme insbesondere rechtliche Informationen für die Advocacy-Arbeit von SEXUELLE GESUNDHEIT Schweiz bereitstellen.

Die Bestandesaufnahme gibt in erster Linie einen Überblick über die (Menschen-)Rechte im Bereich Sexualität und Reproduktion; ein Überblick, der namentlich auch nicht-juristischen Fachpersonen zugänglich sein soll. Abgerundet wird die Bestandesaufnahme durch Beispiele aktueller Diskussionsfelder in sechs zentralen Aspekten des menschenrechtlichen Schutzes von Sexualität und Reproduktion: Integritäts- und Gewaltschutz, Schutz der Privatsphäre, Autonomie und Identität, Nichtdiskriminierung, Gesundheitsförderung und Prävention sowie Beratung, Bildung und Information. Eine tiefere menschenrechtliche Analyse und daraus abgeleitete Empfehlungen sind hingegen nicht Teil der Bestandesaufnahme.

Sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte umfassen eine enorme Vielfalt an Themen. Einen umfassenden Überblick über alle Unterasspekte zu geben, würde den Rahmen der vorliegenden Bestandesaufnahme übersteigen (zur Eingrenzung siehe Kap. I.2). Dennoch zeigen die ausgewählten Teilaspekte, dass Sexualität und Reproduktion ganz unterschiedliche Sachverhalte beinhalten können und damit auch vielfältigste Rechtsfragen aufwerfen. So beleuchtet die Bestandesaufnahme beispielsweise Sexarbeit, sexuelle Dysfunktion, Schwangerschaft und deren Abbruch, pränatale genetische Untersuchungen, Entstehung von rechtlicher Elternschaft und Abstammungsklä rung, HIV-Test und HIV-Arzneimittel, Sexting, weibliche Genitalverstümmelung, häusliche Gewalt oder auch Sexualkundeunterricht und sexuelle Bildung für Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung.

Geplant ist, die Bestandesaufnahme durch online zugängliche² thematische Factsheets zu ergänzen. Diese sollen primär die Bestandesaufnahme für Nicht-Jurist_innen leichter zugänglich machen, sowie einen kurzen Überblick über den menschenrechtlichen Rahmen, das relevante Schweizer Recht und die aktuellen Diskussionsfelder bieten.

¹ <www.sante-sexuelle.ch> (besucht: 9.11.2016).

² Die Factsheets werden voraussichtlich auf der Website <www.sante-sexuelle.ch> publiziert werden.

2. Forschungsstand, Methodik und Eingrenzung der Fragestellung

Der Forschungsstand zu den internationalen Verpflichtungen und dem nationalen Recht in Bezug auf sexuelle und reproduktive Gesundheit kann als auffallend divers beschrieben werden. Ein Überblickswerk zum gesamten Themenfeld in Bezug auf das Schweizer Recht und / oder die internationalen Verpflichtungen der Schweiz konnte nicht ausfindig gemacht werden. Die einzelnen Teilaspekte sind sowohl von der Lehre als auch von der Rechtsprechung bisher sehr unterschiedlich weit aufgearbeitet und diskutiert worden. Auf der einen Seite sind Themen wie Sexualdelikte, Entstehung von rechtlicher Elternschaft oder Schwangerschaftsabbruch bereits von zahlreichen Autor_innen und Gerichten eingehend und über längere Zeit bearbeitet worden. Auf der anderen Seite treten gewisse Aspekte von Sexualität und Reproduktion erst in jüngerer Zeit vermehrt ins Bewusstsein der breiteren Öffentlichkeit und der Politik; zudem sind medizinische Möglichkeiten geschaffen worden, welche neue Rechtsfragen aufwerfen. Entsprechend sind Themen wie Asexualität, Transmenschen oder nichtinvasive pränatale Tests noch kaum juristisch aufgearbeitet worden und es fehlen weitgehend entsprechende rechtstatsächliche Forschungen.

Im methodischen Vorgehen beruht die Bestandesaufnahme primär auf einer Literaturrecherche unter fallweisem Einbezug der Rechtsprechung und aktuellen Diskussionen sowie – in Bezug auf das nationale Schweizer Recht – der Materialien zur Gesetzesentstehung. Um der Breite des Themas gerecht zu werden, werden die internationalen Verpflichtungen, die verfassungsmässigen Rechte und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen als breiter Überblick, jedoch weniger vertieft aufgearbeitet. Vertieft ausgeleuchtet werden hingegen einzelne Unteraspekte in Bezug auf das nationale Gesetzesrecht. Da die Bestandesaufnahme mit dem internationalen und bundesrechtlichen Rahmen bereits ausgesprochen breit angelegt ist, musste auf eine Darlegung der kantonalen (und kommunalen) Rechtsebene verzichtet werden. Die Einschränkung respektive Auswahl der auf Gesetzesebene vertieft zu betrachtenden thematischen Teilaspekte wurde gemeinsam mit der Auftraggeberin parallel zur Erarbeitung der Studie vorgenommen. Betreffend diejenigen Lebenssachverhalte, deren juristische Einordnung noch besonders unklar ist, wurde zusätzlich der Dialog mit entsprechenden Fachpersonen gesucht. Dieser kurze Austausch darüber, welche rechtlichen Fragen sich stellen oder stellen könnten, kann und soll aber eine Rechtstatsachenforschung nicht ersetzen; für ein fundierteres Verständnis dieser Lebenssachverhalte und ihrer juristischen Einordnung bedürfte es weitergehender Forschung.

Die analytischen Schlussbemerkungen gehen von den Erkenntnissen der Bestandesaufnahme aus und fassen diese aus dem Blickwinkel von sechs zentralen Menschenrechtsaspekten zusammen. Dabei wird insbesondere das eidgenössische Gesetzes- und Verordnungsrecht vor dem Hintergrund des menschenrechtlichen Rahmens gelesen. Sich daraus ergebende Diskussionsfelder und Themen, die gesellschaftlich oder politisch in Bewegung sind, werden exemplarisch aufgezeigt, aber – weil ausserhalb des Auftrages liegend – nicht eingehend(er) analysiert.

3. Terminologie und Definitionen

In den Termini „sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte“, respektive „Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit“ sind vier Teilaspekte enthalten: sexuelle Gesundheit, reproduktive Gesundheit, sexuelle Rechte und reproduktive Rechte. Im Folgenden werden international gebräuchliche Definitionen dieser vier Teilgehalte dargestellt, ergänzt durch Unterschiede und Beziehungen zwischen diesen.³

Die englische Fachliteratur arbeitet bei allen vier Teilaspekten mit dem Begriff „sexual and reproductive health and rights“, zu Deutsch etwa mit „sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte“ übersetzbar. Zur Vermeidung dieser sperrigen Formulierung wird in dieser Bestandaufnahme die Abkürzung des englischen Begriffs, SRHR, verwendet.

3.1. Sexuelle und reproduktive Gesundheit

Das *Menschenrecht auf Gesundheit*, wie es in den internationalen Übereinkommen enthalten ist, erstreckt sich auch auf die sexuelle Gesundheit und die reproduktive Gesundheit. Die Grundlage bildet der breite *Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO)*: „Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen.“⁴

Sexualität wird gemäss der WHO definiert als „ein zentraler Aspekt des Menschseins über die gesamte Lebensspanne; Sexualität umfasst das körperliche Geschlecht,⁵ Geschlechtsidentität, Geschlechterrollen, sexuelle Orientierung, Erotik, Lust, Intimität und Fortpflanzung. Sexualität wird erlebt und ausgedrückt durch Gedanken, Fantasien, Sehnsüchte, Glauben, Haltungen, Werte, Verhalten, Praktiken, Rollen und Beziehungen. Sexualität kann alle diese Dimensionen beinhalten, doch wird nicht stets jede erlebt oder zum Ausdruck gebracht. Sexualität wird beeinflusst durch das Zusammenspiel von biologischen, psychologischen, sozialen, ökonomischen, politischen, kulturellen, rechtlichen, historischen, religiösen und spirituellen Faktoren.“⁶

Sexuelle Gesundheit definiert die WHO „(...) als Zustand physischen, emotionalen, geistigen und sozialen Wohlbefindens in Bezug auf die Sexualität. Das bedeutet nicht nur die Abwesenheit von Krankheit, Funktionsstörungen oder Gebrechen. Sexuelle Gesundheit setzt einen positiven und respektvollen Zugang zu Sexualität und sexuellen Beziehungen voraus, wie auch die Möglichkeit, genussvolle und risikoarme sexuelle Erfahrungen zu machen, frei von Zwang, Diskriminierung und

³ Eine Zusammenstellung von Definitionen findet sich beispielsweise auch in United Nations Population Fund/Danish Institute for Human Rights/Office of the High Commissioner for Human Rights, S. 18 f.

⁴ Verfassung der Weltgesundheitsorganisation, unterzeichnet in New York am 22. Juli 1946, Ratifikationsurkunde von der Schweiz hinterlegt am 29. März 1947, von der Bundesversammlung genehmigt am 19. Dezember 1946, für die Schweiz in Kraft getreten am 7. April 1948, SR 0.810.1.

⁵ Die Englische Originalversion verwendet den Terminus „sex“, was auch sexuelle Aktivität bedeuten könnte.

⁶ „Sexuality is a central aspect of being human throughout life; it encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, legal, historical, religious and spiritual factors.“ WHO, Human rights, S. 5, deutsche Übersetzung des Autors.

Gewalt. Sexuelle Gesundheit lässt sich nur erlangen und erhalten, wenn die sexuellen Rechte aller Menschen respektiert, geschützt und gewährleistet werden.“⁷

Die Definition von *reproduktiver Gesundheit*, welche namentlich der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in der Allgemeinen Bemerkung 22 zum Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit verwendet, basiert auf folgender Definition aus dem Aktionsprogramm der Weltbevölkerungskonferenz von Kairo (1994): „Reproduktive Gesundheit ist der Zustand vollständigen physischen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur die Abwesenheit von Krankheit oder Gebrechen. Dies bezieht sich auf alle Aspekte des reproduktiven Systems sowie dessen Funktionen und Prozesse. Folglich beinhaltet reproduktive Gesundheit die Möglichkeit eines zufriedenstellenden und sicheren Sexuallebens sowie die Fähigkeit zur Reproduktion und die Entscheidungsfreiheit, ob, wann und wie oft Menschen dies wünschen. Letztere Voraussetzung, die Entscheidungsfreiheit, impliziert das Recht von Männern und Frauen, informiert zu sein und Zugang zu haben zu sicheren, wirksamen, erschwinglichen und akzeptablen Familienplanungsmethoden ihrer Wahl, zu anderen rechtmässigen Methoden der Fertilitätsregulierung ihrer Wahl. Diese Entscheidungsfreiheit impliziert zudem das Recht auf Zugang zu angemessenen Angeboten der Gesundheitsversorgung, welche Frauen eine sichere Schwangerschaft und Geburt ermöglichen und Paaren die bestmögliche Chance auf ein gesundes Kind geben.“⁸ Diese Definition reproduktiver Gesundheit umfasst, so das Aktionsprogramm von Kairo, explizit auch sexuelle Gesundheit.⁹

3.2. Sexuelle und reproduktive Rechte

Sexuelle und reproduktive Rechte meint die Konkretisierung der Menschenrechte auf die Lebensbereiche Sexualität und Reproduktion.

Sexuelle Rechte, so die WHO, „beinhalten das Recht jeder Person, frei von Zwang, Diskriminierung und Gewalt, auf: das erreichbare Höchstmass an sexueller Gesundheit, einschliesslich Zugang zu Angeboten der sexuellen und reproduktiven Gesundheitsversorgung; Informationen über Sexualität zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten; Sexualerziehung; Respekt der körperlichen Integ-

⁷ „Sexual health is a state of physical, emotional, mental and social well-being in relation to sexuality; it is not merely the absence of disease, dysfunction or infirmity. Sexual health requires a positive and respectful approach to sexuality and sexual relationships, as well as the possibility of having pleasurable and safe sexual experiences, free of coercion, discrimination and violence. For sexual health to be attained and maintained, the sexual rights of all persons must be respected, protected and fulfilled.“ WHO, Defining sexual health, S. 5; so auch in: UN CESCR, GC 22, Ziff. 6; deutsche Übersetzung nach Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG).

⁸ „Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so. Implicit in this last condition are the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law, and the right of access to appropriate health-care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant.“ UN, ICPD Programme of Action, A/CONF.171/13, Chapter VII, Ziff. 7.2.; siehe auch: UN CESCR, GC 22, Ziff. 6; deutsche Übersetzung des Autors.

⁹ UN, ICPD Programme of Action, A/CONF.171/13, Chapter VII, Ziff. 7.4.

rität; Wahl ihrer Partner_in; zu entscheiden, sexuell aktiv zu sein oder nicht; konsensuale Sexualbeziehungen; freiwillige Eheschliessung; zu entscheiden, ob und wann sie Kinder hat; ein befriedigendes, sicheres und genussvolles Sexualleben.“¹⁰

Für eine Definition des Terminus *reproduktive Rechte* kann das oben erwähnte Aktionsprogramm von Kairo beigezogen werden. Demgemäss basieren reproduktive Rechte „auf der Anerkennung der Grundrechte aller Paare und Individuen, frei und verantwortungsvoll sowie informiert und über die dazu notwendigen Mittel verfügend, über die Anzahl und den Altersunterschied ihrer Kinder sowie den Zeitpunkt von deren Zeugung zu entscheiden, und das Recht, das Höchstmass sexueller und reproduktiver Gesundheit zu erreichen. Dies umfasst auch das verankerte Menschenrecht, frei von Diskriminierung, Zwang und Gewalt über die eigene Reproduktion zu entscheiden. In der Ausübung dieses Rechts sollten die Paare und Individuen die Bedürfnisse ihrer bereits geborenen und ihrer zukünftigen Kinder berücksichtigen sowie ihre gesellschaftliche Verantwortung wahrnehmen.“¹¹

3.3. Unterschiede und Beziehungen zwischen den Termini

Der Begriff „*sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte*“ beinhaltet alle vier Aspekte, ohne einen davon einzuschränken. Dadurch ist der Terminus umfassender als derjenige des „Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit“ oder „sexuelle Rechte“. Insbesondere umfasst „sexuelle und reproduktive Gesundheit und diesbezügliche Rechte“ grammatikalisch einerseits auch Aspekte sexueller und reproduktiver Gesundheit ohne menschenrechtlichen Gehalt sowie andererseits nicht gesundheitsbezogene sexuelle und reproduktive Rechte.¹²

Sexualität und Reproduktion sind ineinander verschränkt und gleichzeitig je voneinander unabhängig. Sexuelle Gesundheit als eine Komponente von reproduktiver Gesundheit zu verstehen, wie dies das Aktionsprogramm von Kairo macht, greift daher zu kurz. Vielmehr ist sexuelle Gesundheit als eigenständige Dimension zu begreifen, die auch nicht-reproduktionsbezogene Sexualität und Gesundheit erfasst. Darüber hinaus ist sexuelle Gesundheit auch Vorbedingung für reproduktive

¹⁰ „Sexual rights embrace human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus statements. They include the right of all persons, free of coercion, discrimination and violence, to: the highest attainable standard of sexual health, including access to sexual and reproductive health care services; seek, receive and impart information related to sexuality; sexuality education; respect for bodily integrity; choose their partner; decide to be sexually active or not; consensual sexual relations; consensual marriage; decide whether or not, and when, to have children; and pursue a satisfying, safe and pleasurable sexual life.“ WHO, *Defining sexual health*, S. 5, deutsche Übersetzung des Autors.

¹¹ „Bearing in mind the above definition, reproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes their right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents. In the exercise of this right, they should take into account the needs of their living and future children and their responsibilities towards the community.“ UN, *ICPD Programme of Action*, A/CONF.171/13, Chapter VII, Ziff. 7.3, deutsche Übersetzung des Autors.

¹² Siehe auch International Planned Parenthood Federation (IPPF), S. 14: „Sexuelle Gesundheit kann ohne sexuelle Rechte nicht erreicht oder aufrechterhalten werden. Allerdings umfassen sexuelle Rechte mehr als nur Ansprüche, die mit Gesundheit zusammenhängen. Sexuelle Rechte verweisen auf spezifische Normen, die entstehen, wenn bestehende Menschenrechte auf die Sexualität angewandt werden. (...) Sexuelle Rechte gewährleisten, dass alle Menschen Zugang zu jenen Bedingungen haben, die Erfüllung und Ausdruck ihrer Sexualität frei von Zwängen, Diskriminierung oder Gewalt und in einem die Würde des Menschen achtenden Kontext ermöglichen.“ Siehe auch UN ECOSOC, E/CN.4/2004/49, Ziff. 55.

Gesundheit.¹³ Reproduktion ihrerseits, namentlich die medizinisch unterstützte, enthält quasi spiegelbildlich dazu auch von Sexualität losgelöste Aspekte: Die menschliche Fortpflanzung ist heute auch ohne Sexualität möglich.

¹³ WHO, Programmes, S. 5; WHO: Human rights, S. 4. So auch International Planned Parenthood Federation (IPPF), S. 15.

II. INTERNATIONALES RECHT

Im Folgenden wird zuerst ein kurzer Überblick über die Menschenrechtsinstrumente und deren Bedeutung für die SRHR auf universeller Ebene gegeben sowie die Praxis der Menschenrechts-gremien zu den Rechtsgrundlagen skizziert, gefolgt von einigen Hinweisen zum Stand der Diskus-sion auf politischer Ebene (Kap. I.1). Die im Rahmen des Europarats geschaffenen Instrumente werden in Kap. II.2 erläutert, mit Fokus auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁴ und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

1. Universelle Ebene: Vereinte Nationen

1.1. SRHR in den UN-Menschenrechtsübereinkommen

1.1.1. Übersicht

SRHR sind integraler Bestandteil der Menschenrechte wie sie, ausgehend vom Katalog in der All-gemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948,¹⁵ in folgenden neun Verträgen verbrieft wor-den sind (sogenannte „Core Instruments“):¹⁶

Tabelle 1: Übersicht über die Kern-Menschenrechtsverträge der UN und deren Protokolle
Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 (ICESCR, ¹⁷ UNO-Pakt I); ratifiziert von der Schweiz am 18.6.1992 (SR 0.103.1) <ul style="list-style-type: none"> Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt I vom 10.12.2008 (Individualbeschwerdeverfahren); <i>von der Schweiz nicht ratifiziert.</i>
Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (ICCPR, UNO-Pakt II); ratifiziert von der Schweiz am 18.6.1992 (SR 0.103.2) <ul style="list-style-type: none"> Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II vom 19.12.1966 (Individualbeschwerdeverfahren); <i>von der Schweiz nicht ratifiziert.</i> 2. Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II zur Abschaffung der Todesstrafe vom 15.12.1989; ratifiziert von der Schweiz am 18.6.1992 (SR 0.103.22).
Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21.12.1965 (ICERD, RDK); ratifiziert von der Schweiz am 29.11.1994 (SR 0.104).
Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (CEDAW); ratifiziert von der Schweiz am 23.3.1997 (SR 0.108)

¹⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 28. November 1974, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

¹⁵ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948.

¹⁶ Siehe die Liste auf der Website des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte unter <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>> (besucht: 11.11.2016).

¹⁷ Zu Beginn wird jeweils die auf internationaler Ebene verwendete englische Abkürzung und danach die deutsche Abkürzung gegeben (sofern gebräuchlich). Die deutschen Abkürzungen werden allerdings nicht einheitlich verwendet.

<ul style="list-style-type: none"> • Fakultativprotokoll zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 6.10.1999 (Individualbeschwerdeverfahren); ratifiziert von der Schweiz am 29.9.2008 (SR 0.108.1).
<p>Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10.12.1984 (CAT, FoK); ratifiziert von der Schweiz am 2.12.1986 (SR 0.105)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 18.12.2002 (Einrichtung eines Überwachungsmechanismus in Form eines präventiven Besuchssystems); ratifiziert von der Schweiz am 20.3.2009 (SR 0.105.1).
<p>Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (CRC, KRK); ratifiziert von der Schweiz am 24.2.1997 (SR 0.107)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 25.5.2000; ratifiziert von der Schweiz am 26.4.2002 (SR 0.107.1). • Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie vom 25.5.2000; ratifiziert von der Schweiz am 19.9.2006 (SR 0.107.2). • 3. Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 19.12.2011 (Individualbeschwerdeverfahren); ratifiziert von der Schweiz am 24.04.2017 (SR 0.107.3).
<p>Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18.12.1990 (ICMW); <i>von der Schweiz nicht ratifiziert.</i></p>
<p>Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (CRPD; BRK); ratifiziert von der Schweiz am 15.4.2014 (SR 1.109)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fakultativprotokoll zur Konvention zum Schutze der Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (Individualbeschwerdeverfahren); <i>von der Schweiz nicht ratifiziert.</i>
<p>Konvention gegen das Verschwindenlassen von Personen vom 20.12.2006 (CPED); ratifiziert von der Schweiz am 2.12.2016 (SR 0.103.3).</p>

Insbesondere folgende, in den Core Instruments verankerte Rechte tangieren SRHR:

- Verbot der Diskriminierung (u. a. Art. 2 und 3 UNO-Pakt I; Art. 2, 3 und 26 UNO-Pakt II; Art. 2 RDK; Art. 2 CEDAW; Art. 2 KRK; Art. 7 ICMW; Art. 3 lit. g, 5 und 6 BRK)
- Verbot der Folter und von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (u. a. Art. 7 UNO-Pakt II; Art. 5 RDK; Art. 1 ff. FoK; Art. 19 und 37 KRK, Art. 10 ICMW; Art. 15 ff. BRK)
- Recht auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I; Art. 5 RDK; Art. 12 CEDAW; Art. 24 KRK; Art. 25 BRK)¹⁸
- Recht auf Privatleben (Art. 17 UNO-Pakt II; Art. 8 und 16 KRK; Art. 14 ICMW; Art. 22 BRK)
- Recht zu Heiraten und eine Familie zu gründen (Art. 10 UNO-Pakt I; Art. 23 UNO-Pakt II; Art. 5 RDK; Art. 16 CEDAW; Art. 44 ICMW; Art. 23 BRK)

¹⁸ Siehe die Zusammenstellung der internationalen Standards auf der Website des UN-Hochkommissariates unter <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/InternationalStandards.aspx>> (besucht: 11.11.2016).

- Recht auf freie Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied eigener Kinder (Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW)
- Recht auf Information und Bildung zu Fragen der Sexualität und Reproduktion (Art. 13 UNO-Pakt I; Art. 19 UNO-Pakt II; Art. 5 RDK; Art. 17, 28 und 29 KRK; Art. 10 lit. h und Art. 14 Abs. 2 lit. b CEDAW; Art. 30 und 43 ICMW; Art. 21 und 24 BRK)
- Recht auf Meinungsfreiheit und Meinungsäusserung sowie Versammlungsfreiheit (Art. 19 und 21 UNO-Pakt II; Art. 5 RDK; Art. 13 KRK; Art. 13 ICWM; Art. 21 BRK)
- Recht, an den Errungenschaften des wissenschaftlichen Fortschritts und seiner Anwendung teilzuhaben (Art. 15 UNO-Pakt I)
- Zugang zum Recht (Recht auf eine wirksame Beschwerde, Wiedergutmachung usw.: u. a. Art. 2 UNO-Pakt II; Art. 5 und 6 RDK; Art. 12–14 FoK; Art. 2 CEDAW; Art. 18 ICWM; Art. 13 BRK)

1.1.2. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau im Besonderen

Eine spezielle Bedeutung kommt dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)¹⁹ von 1979 zu, denn in diesem Instrument werden die sexuellen und reproduktiven Rechte erstmals und in dieser Form bislang einzigartig explizit erwähnt:

Frauen²⁰ sollen dieselben Rechte haben wie Männer, unter anderem bezüglich Zugang zu Gesundheitseinrichtungen und spezifischen Bildungsinformationen, die zur Gesunderhaltung und zum Wohlergehen der Familie beitragen, einschliesslich Aufklärung und Beratung in Bezug auf die Familienplanung (Art. 10 Abs. 1 lit. h, Art. 12 und Art. 14 CEDAW, betreffend Frauen auf dem Lande). Frauen sollen zudem *gleichberechtigt* sein in Bezug auf die Wahl des Ehegatten, bezüglich ihrer Rechte in der Ehe und bei Auflösung der Ehe, bei der Elternschaft und beim Entscheid über Anzahl und Altersunterschied der Kinder (Art. 16 CEDAW). Sodann sollen Frauen vor Diskriminierung wegen Eheschliessung oder Mutterschaft im Erwerbsleben geschützt werden (Art. 11 CEDAW).

Um *tradierte und stereotype Vorstellungen* über die Rolle der Frau und die damit verbundenen bevormundenden Vorstellungen über die (sexuelle) Selbstbestimmung der Frau zu bekämpfen, verpflichtet das Übereinkommen in Artikel 5 die Staaten, Massnahmen zu ergreifen; dies, „um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen“ (lit. a); zudem, „um sicherzustellen, dass die Erziehung in der Familie zu einem richtigen Verständnis der Mutterschaft als einer sozialen Aufgabe und zur Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung und Entwicklung ihrer Kinder beiträgt, wobei davon ausgegangen wird, dass das Interesse der Kinder in allen Fällen vorrangig zu berücksichtigen ist“ (lit. b).

¹⁹ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, abgeschlossen am 18. Dezember 1979, von der Bundesversammlung genehmigt am 4. Oktober 1996, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 27. März 1997, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997, SR 0.108.

²⁰ Das CEDAW findet seine Anwendung nicht nur auf cis Frauen, sondern auch auf inter und trans Menschen. Vergleiche UN CEDAW, CEDAW/C/CHE/CO/4–5, Ziff. 24 f., 39.

Art. 6 CEDAW schliesslich verlangt Massnahmen zur Abschaffung jeder Form des *Frauenhandels und der Ausbeutung von Frauen durch Sexarbeit*. Sexarbeiter_innen sind vor Diskriminierung und Schikanie, insbesondere auch durch die Polizei, zu schützen, und die Gesetzgebung hat ihr Recht auf sichere Arbeitsbedingungen sowohl auf nationaler als auch auf lokaler Ebene zu garantieren.²¹

1.1.3. Verpflichtungen des Staates aus den Menschenrechtsverträgen

Die Menschenrechte verpflichten die Staaten, die SRHR zu respektieren und diese nicht durch gesetzliche oder sonstige Massnahmen zu beschneiden oder durch eigenes Handeln zu beeinträchtigen (sogenannte „duty to respect“). Sie haben darüber hinaus die Pflicht, Menschenrechte vor Beeinträchtigungen durch Private zu schützen (sogenannte „duty to protect“). Schliesslich fliesen aus den Menschenrechten auch Gewährleistungspflichten des Staates (sogenannte „duty to fulfill“). Die Staaten haben dabei auch mittels Leistungen dafür zu sorgen, dass die Menschenrechte tatsächlich Realität werden. So hat der Staat zum Beispiel ein Gesundheitssystem zu garantieren, welches es jeder Person erlaubt, das Recht auf ein Höchstmass an sexueller und reproduktiver Gesundheit einzufordern (siehe einlässlicher nachstehend unter Kap. II.1.2.3).

1.2. Praxis der Vertragsorgane zu den sexuellen und reproduktiven Rechten

1.2.1. Übersicht

In ihrer Praxis haben sich die Organe, welche die Umsetzung der Menschenrechtsverträge überwachen (die sogenannten Ausschüsse; siehe dazu Tabelle 2, zweite Spalte), verschiedentlich zu den sexuellen und reproduktiven Rechten geäussert. Zum einen äussern sie sich im Rahmen des *Staatenberichtsverfahrens*. Alle Verträge verlangen von den Staaten, dass sie periodisch Bericht darüber erstatten, ob und wie sie die eingegangenen Verpflichtungen umsetzen. Aufgrund der Berichte des Staates sowie unabhängiger Berichte von nichtstaatlichen Organisationen und Nationaler Menschenrechtsinstitutionen sowie eines öffentlichen mündlichen Verfahrens identifizieren die Ausschüsse Lücken in der Umsetzung und formulieren Empfehlungen an die Staaten. Zum anderen fassen die Ausschüsse die Erfahrungen in der Umsetzung einzelner Rechte in sogenannten „General Comments“ beziehungsweise „General Recommendations“ zusammen, das heisst, sie verdeutlichen und verdichten ihre Sicht zur Auslegung und zur Umsetzung der einzelnen Menschenrechtsverpflichtungen in Form von *Allgemeinen Empfehlungen*. Schliesslich sind die Dokumente der Ausschüsse im Rahmen der entsprechenden *Individualbeschwerdeverfahren* zu berücksichtigen,²² von denen die Schweiz bis heute allerdings lediglich drei – die Individualbeschwerde zur Rassendiskriminierungskonvention (RDK), zur Anti-Folterkonvention (FoK) und zur Frauenrechtskonvention (CEDAW) – anerkannt hat.²³

²¹ UN CEDAW, CEDAW/C/KGZ/CO/3, Ziff. 43; UN CEDAW, CEDAW/C/HUN/CO/7-8, Ziff. 23(e).

²² Zur Rechtsprechung der einzelnen Ausschüsse siehe die Datenbank Jurisprudence auf der Website des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte unter <<http://juris.ohchr.org/>> (besucht: 11.11.2016).

²³ Zahlreiche Beschwerden aus der Schweiz wurden bis heute vom Folterausschuss entschieden; der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung hatte erst über eine Beschwerde und der CEDAW-Ausschuss bis heute noch über keine Beschwerde entschieden. Siehe in der Datenbank <<http://juris.ohchr.org/>> Detailed search > State Switzerland (besucht: 11.11.2016).

Tabelle 2: Übersicht über die Durchsetzungsmechanismen der wichtigsten UN-Menschenrechtsverträge ²⁴			
Übereinkommen	Überwachungsorgan	Berichtsverfahren (obligatorisch)	Individualbeschwerdeverfahren
Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966	Sozialrechtsausschuss (CESCR)	Art. 16	Fakultativprotokoll von 2008
Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966	Menschenrechtsausschuss (CCPR)	Art. 40	Fakultativprotokoll von 1966
Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1965	Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD)	Art. 9	Art. 14 CERD (fakultativ)
Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979	Ausschuss gegen Frauendiskriminierung (CEDAW)	Art. 18	Fakultativprotokoll von 1999
Übereinkommen gegen Folter und andere grausame und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 1984	Ausschuss gegen Folter (CAT)	Art. 19	Art. 22 CAT (fakultativ)
Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989	Ausschuss für die Rechte des Kindes (CRC)	Art. 44	Fakultativprotokoll von 2012
Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1990	Ausschuss für die Rechte der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (CMW)	Art. 73	Art. 77 CMW (fakultativ) (noch nicht in Kraft getreten)

²⁴ Die Tabelle ist – leicht abgeändert – übernommen von der Website <www.humanrights.ch> Internationale Menschenrechte > Vereinte Nationen UNO: Menschenrechtsorgane > UNO-Gremien: Einstieg > Informationen zu den Vertragsorganen > Übersicht über die vertraglichen Durchsetzungsmechanismen auf UNO-Ebene (besucht: 15.11.2016).

Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen von 2006	Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)	Art. 35	Fakultativprotokoll von 2006
Internationales Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Ver-schwindenlassen von 2006	Ausschuss gegen das Verschwindenlassen von Personen (CED)	Art. 29	Art. 31 CED (fakultativ)

unterlegte Übereinkommen wurden von der Schweiz ratifiziert beziehungsweise anerkannt.

1.2.2. Empfehlungen der Vertragsüberwachungsorgane im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens (Concluding Observations)

Die Vertragsüberwachungsorgane (siehe dazu Tabelle 2, zweite Spalte) greifen die Umsetzung der sexuellen und reproduktiven Rechte in den Staatenberichtsverfahren regelmässig auf.²⁵

Bezüglich der SRHR stehen die immer wiederkehrenden Empfehlungen des Menschenrechtsausschusses, des CEDAW-Ausschusses und des Kinderrechtsausschusses im Vordergrund, in welchen die Staaten aufgefordert werden, die *Information über die sexuellen und reproduktiven Rechte* (altersgerecht) zu garantieren und den *Zugang zu Gesundheitsdiensten und Familienplanungsstellen* zu gewährleisten. Die Versorgung von schwangeren Frauen oder die Massnahmen zur Bekämpfung von HIV/Aids sind weitere Themen, die von den Ausschüssen aufgegriffen werden. Die Ausschüsse verlangen, dass Informationen über Verhütungsmethoden, über die rechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs sowie erschweringliche Verhütungsmittel zugänglich gemacht werden und dass sichere Schwangerschaftsabbrüche und deren Straflosigkeit gewährleistet werden; dies insbesondere in Fällen, in denen die Schwangerschaft auf eine Vergewaltigung zurückgeht.

Im Weiteren wird die *sexuelle Gewalt*, insbesondere gegen Frauen und Mädchen (einschliesslich eheliche und häusliche Gewalt, Zwangsheirat, weibliche Genitalverstümmelung und weitere schädliche Praktiken), regelmässig vom CEDAW-Ausschuss und vom Kinderrechtsausschuss sowie auch vom Menschenrechtsausschuss und vom Anti-Folterausschuss thematisiert.²⁶

In den letzten Jahren äussern sich die Ausschüsse auch regelmässig zur Gewalt und zur Diskriminierung aufgrund von *sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität und Geschlechtsmerkmalen*. Gefordert werden insbesondere Massnahmen zur Entkriminalisierung der Homosexualität und zur besseren Achtung und Gewährleistung der Menschenrechte von Transpersonen. Insbesondere der Ausschuss gegen Folter und der Kinderrechtsausschuss bemängeln die Situation von intergeschlechtlichen Menschen, die ohne Einwilligung medizinisch unnötigen Operationen unterworfen werden.

²⁵ Siehe die entsprechenden Empfehlungen in der Datenbank „Universal human rights index“, <<http://uhri.ohchr.org/en>> (besucht: 11.11.2016).

²⁶ Siehe die entsprechenden Empfehlungen in der Datenbank „Universal human rights index“, <<http://uhri.ohchr.org/en>> Keyword „gender-based violence“ (besucht: 11.11.2016).

Gegenüber der *Schweiz*²⁷ wurden die sexuellen und reproduktiven Rechte zum Beispiel vom Sozialrechtsausschuss anlässlich der zweiten Berichterstattung 2010 aufgegriffen. Der Ausschuss erachtete die Bemühungen der Schweiz im Bereich Sexualaufklärung und Förderung der sexuellen und reproduktiven Gesundheit als ungenügend und empfahl, konkrete Programme zur Sexualerziehung sowie zur sexuellen und reproduktiven Gesundheit zu erarbeiten und in den Schulcurricula zu verankern sowie über die ergriffenen Massnahmen im kommenden Berichtsverfahren Auskunft zu geben.²⁸

Im Weiteren erhielt die Schweiz insbesondere Empfehlungen in folgenden Bereichen, welche die Umsetzung der SRHR in der Schweiz betreffen: eheliche beziehungsweise häusliche Gewalt,²⁹ sexuelle Gewalt gegen Kinder,³⁰ Zwangssexarbeit und Frauen- und Mädchenhandel,³¹ weibliche Genitalverstümmelung (FGM)³² sowie Zwangsheirat.³³ Der Kinderrechtsausschuss schliesslich forderte die Schweiz 2015 auf, medizinisch nicht notwendige, irreversible chirurgische Eingriffe an Kindern mit medizinisch als uneindeutig geltenden Geschlechtsmerkmalen zu unterbinden.³⁴

Die Thematik der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität und der Geschlechtsmerkmale wurde ebenfalls erstmals vom Kinderrechtsausschuss aufgegriffen. Er äusserte sich besorgt über Vorfälle von Hassreden gegenüber LGBTI-Kindern und fordert die Schweiz auf, sie mit angemessenen Massnahmen vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität zu schützen.³⁵

1.2.3. Allgemeine Bemerkungen zur Auslegung und Umsetzung einzelner Vertragsbestimmungen (General Comments)

Die Menschenrechtsausschüsse haben in zahlreichen „General Comments“ respektive „General Recommendations“ Empfehlungen zur Umsetzung der sexuellen und reproduktiven Rechte formuliert und die Staatenverpflichtungen konkretisiert. Aufgenommen werden diese Rechte in erster Linie in den Allgemeinen Bemerkungen zum Diskriminierungsverbot, insbesondere im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung der Frau sowie im Zusammenhang mit weiteren benachteiligten und vulnerablen Gruppen von Menschen (Kinder, alte Menschen, Menschen mit Behinderung, Personen ohne Bürgerrecht des betreffenden Landes, Flüchtlingsfrauen oder mit HIV/Aids lebende Personen).³⁶ Alle Vertragsausschüsse haben sodann verdeutlicht, dass das Diskriminie-

²⁷ Siehe den Überblick über alle Empfehlungen auf <<http://www.humanrights.ch/>> Fokus Schweiz > Empfehlungen an die Schweiz > Empfehlungen von UNO-Gremien (besucht: 15.11.2016).

²⁸ UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3, Ziff. 20.

²⁹ UN CEDAW, CEDAW/C/CHE/CO/3, Ziff. 28; UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3, Ziff. 13 ff.

³⁰ UN CRC, CRC/C/15/Add.182; UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3 sowie, betreffend das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie, UN CRC, CRC/C/15/Add.182, Ziff. 39 und 53.

³¹ UN CEDAW, CEDAW/C/CHE/CO/3; UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3.

³² UN CRC, CRC/C/CHE/CO/2-4; UN CEDAW, A/58/38(SUPP).

³³ UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3.

³⁴ UN CRC, CRC/C/CHE/CO/2-4, Ziff. 42 f.

³⁵ UN CRC, CRC/C/CHE/CO/2-4, Ziff. 25. In der Empfehlung wird „Geschlechtsmerkmal“ beziehungsweise Intersexualität nicht mehr erwähnt; es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass dies unter sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität mitgemeint ist.

³⁶ Siehe im Einzelnen zu den reproduktiven Rechten die Auflistung in United Nations Population Fund/The Danish Institute for Human Rights/UN Human Rights Office of the High Commissioner, S. 120 ff.

rungsverbot auch Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität umfasst. Im Weiteren wird den sexuellen und reproduktiven Rechten in den Allgemeinen Bemerkungen zum Recht auf Freiheit von Gewalt sowie insbesondere dem Recht auf Gesundheit Rechnung getragen.

Im Jahr 2016 hat der Sozialrechtsausschuss einen spezifischen *General Comment zum Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit* erarbeitet und darin die entsprechenden Pflichten der Staaten präzisiert.³⁷

Demnach dürfen die Staaten die Rechtsausübung von Einzelpersonen in Bezug auf die sexuelle und reproduktive Gesundheit weder direkt noch indirekt behindern (*Respektierungspflicht*). Zu respektieren ist die Freiheit der Einzelnen, autonom – das heisst frei von Gewalt, Zwang und Diskriminierung – über den eigenen Körper und die eigene Sexualität zu entscheiden.³⁸ Die Staaten haben sofort und ressourcenunabhängig der Pflicht, der autonomen Kontrolle über den eigenen Körper und die eigene Gesundheit Nachachtung zu verschaffen, nachzukommen; eine schrittweise Umsetzung ist ungenügend.³⁹ Gesetze, welche die Ausübung des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit verhindern, sind entsprechend zu revidieren.

Verletzt wird diese Respektierungspflicht, wenn Staaten den Zugang zu sexueller und reproduktiver Gesundheit verweigern oder einschränken. Einerseits kann dies direkt durch gesetzliche Verbote geschehen, durch die Kriminalisierung von Angeboten der Gesundheitsversorgung oder von Informationen zu sexueller und reproduktiver Gesundheit (zum Beispiel Verbot von Schwangerschaftsabbruch, von einvernehmlichen sexuellen Handlungen zwischen Erwachsenen oder von Trans-Identität). Andererseits kann die Respektierungspflicht auch verletzt werden durch die Beschränkung oder Behinderung des Zugangs zur Gesundheitsversorgung oder zu Informationen (zum Beispiel Erfordernis der Zustimmung von Eltern, Ehepartner_innen oder Gerichten zu Empfängnisverhütung oder Schwangerschaftsabbruch, parteiische Beratung zu und Wartefristen für Scheidung, Wiederverheiratung oder Schwangerschaftsabbruch, Ausschluss bestimmter Gesundheitsdienstleistungen von staatlicher Finanzierung oder Verbreitung von Falschinformationen). Gleichfalls verletzt wird die Pflicht, das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit zu respektieren, durch medizinische Zwangsmassnahmen. Dies sind beispielsweise durch Gesetz oder Praxis erzwungene Sterilisationen, HIV- oder Schwangerschaftstests, Anreize zu oder Kontingentierungen von Empfängnisverhütung oder hormonelle und chirurgische Geschlechtsangleichungen als Voraussetzungen für die Änderung des Namens und des amtlichen Geschlechts.⁴⁰ Das Recht auf autonome Entscheidung kann jedoch auch in ein Spannungsverhältnis mit Massnahmen der öffentlichen Gesundheit, wie beispielsweise Impfungen oder Tests, treten (siehe Kap. III.3.6.2). Nach Art. 4 UNO-Pakt I⁴¹ sind diejenigen Einschränkungen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte – und damit auch des Rechts auf Gesundheit – zulässig, „die gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar sind und deren ausschliesslicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern.“⁴²

³⁷ UN CESCR, GC 22.

³⁸ UN CESCR, GC 14, Ziff. 8; UN CESCR, GC 22, Ziff. 5. Zum Erfordernis der freien und informierten Einwilligung, insbesondere in Bezug auf vulnerable Gruppen, siehe auch UN GA, A/64/272.

³⁹ UN ECOSOC, E/CN.4/2004/49, Ziff. 27.

⁴⁰ UN CESCR, GC 22, Ziff. 40 f., 57 f.

⁴¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, von der Bundesversammlung genehmigt am 13. Dezember 1991, Schweizerische Beitrittsurkunde hinterlegt am 18. Juni 1992, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.1.

⁴² UN CESCR, GC 14, Ziff. 28 f. Siehe auch SAUL/KINLEY/MOWBRAY, UN-Pakt I Kommentar, S. 982. Zur Einschränkung der in der EMRK respektive der BV verbrieften Menschenrechte siehe Kap. II.2.2 und III.2.2.1.

Die *Schutzpflicht* statuiert die staatliche Pflicht, Dritte daran zu hindern, den Genuss des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit einzuschränken oder zu verhindern. Dazu sind Handlungen von Privaten zu verbieten, mit denen die körperliche oder die geistige Integrität verletzt wird oder die die Ausübung des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit einschränken. Die Schutzpflicht untersagt es auch, Personen oder Gruppen auf diskriminierende Weise von Leistungen der Gesundheitsversorgung auszuschliessen.⁴³ Zur Prävention von Rechtsverletzungen sind die Staaten angehalten, Private und private Einrichtungen wie zum Beispiel Gesundheitsversorger, Pflegeeinrichtungen, Krankenversicherungen, Bildungs- und Betreuungseinrichtungen oder Flüchtlingsunterkünfte zu überwachen und diese Bereiche zu regulieren.⁴⁴ Mit der Schutzpflicht vereinbar ist die Behandlungsverweigerung aus Gewissensgründen, solange dadurch einer Person das Recht auf Gesundheitsversorgung nicht vollständig entzogen wird und die Weigerung nicht zu Gesundheitsschäden oder Tod führt (siehe Kap. II.2.7.7). Entscheidend ist, ob eine Behandlungsalternative zur Verfügung steht, respektive ob die Person tatsächlich an eine andere geeignete Fachperson überwiesen werden kann – wofür der Staat durch die Regulierung der Weigerung aus Gewissensgründen und die Organisation seines Gesundheitswesens verantwortlich ist.⁴⁵

Die *Gewährleistungspflicht* verlangt von den Vertragsstaaten Massnahmen, damit das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit umfassend sichergestellt wird. Der konkrete Umfang der Gewährleistungspflicht eines Staates hängt jedoch stärker als die Respektierungs- und die Schutzpflicht von seinen finanziellen Ressourcen ab. Zu treffen sind die zur umfassenden Verwirklichung des Rechts im jeweiligen Vertragsstaat notwendigen Massnahmen, namentlich im Bereich der Gesetzgebung, der Verwaltung, der Finanzierung, der Judikative sowie weitere Fördermassnahmen. Gewährleistende Massnahmen sind beispielsweise gemäss den Allgemeinen Bemerkungen des Sozialrechtsausschusses die Aufhebung prohibitiv wirkender Kosten, die Sicherstellung eines ausreichend dichten Netzes gut ausgebildeter Gesundheitsfachpersonen, die Entwicklung und Anwendung von evidenzbasierten, dem aktuellen Forschungsstand entsprechenden Fachstandards, die Erteilung von wertefreiem, wissenschaftlich korrektem, altersgerechtem und umfassendem Sexualkundeunterricht an allen Schulen, die Durchführung von Informationskampagnen, insbesondere zu HIV/Aids und sexueller und reproduktiver Gesundheit, oder Aktivitäten zur Veränderung von sozialen Normen und Einstellungen, welche Personen insbesondere aufgrund von Alter oder (weiblichem) Geschlecht die Autonomie über ihre sexuelle und reproduktive Gesundheit absprechen. Insbesondere soll eine umfassende nationale Strategie oder ein Aktionsplan über sexuelle und reproduktive Rechte erlassen und umgesetzt werden.⁴⁶

Ergänzend zur Respektierungs-, Schutz- und Gewährleistungspflicht fordert der Sozialrechtsausschuss von den Vertragsstaaten, dass bei Verletzungen des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit der *Zugang zur Justiz* gewährleistet ist und ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Auf nationaler Ebene ist das Recht justiziabel, das heisst vor einem Gericht einklagbar, auszugestalten.⁴⁷

Aus diesem weiten Pflichtenkatalog zum Schutz des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit benennt der General Comment 22 eine Liste von *Kernverpflichtungen*, mithin ein zu garantierendes Minimum. Den Staaten obliegt es demnach:

⁴³ UN CESCR, GC 22, Ziff. 42 f.

⁴⁴ UN CESCR, GC 22, Ziff. 60.

⁴⁵ WHO, Human rights, S. 15; auch in UN CESCR, GC 22, Ziff. 43.

⁴⁶ UN CESCR, GC 22, Ziff. 45 ff., 61 ff.; UN CESCR, GC 14, Ziff. 36.

⁴⁷ UN CESCR, GC 22, Ziff. 64.

- Gesetze und Verwaltungspraxen aufzuheben oder zu ändern, die den Zugang von Individuen oder spezifischen Gruppen zu Einrichtungen, Dienstleistungen, Waren und Informationen im Bereich von sexueller und reproduktiver Gesundheit kriminalisieren, hemmen oder unterlaufen.
- Eine nationale Strategie und einen Aktionsplan zu sexueller und reproduktiver Gesundheit zu verabschieden und, mit den notwendigen finanziellen Mitteln versehen, umzusetzen. Dabei sind diskriminierte Gruppen sowohl in die Erarbeitung als auch in die Umsetzungsüberprüfung einzubeziehen.
- Den Zugang zu erschwinglicher und qualitativ guter Versorgung im Bereich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit für alle, insbesondere aber für Frauen und marginalisierte Gruppen, diskriminierungsfrei zu gewährleisten.
- Schädliche Praktiken und geschlechtsspezifische Gewalt, namentlich weibliche Genitalverstümmelung, Minderjährigen- und Zwangsehen sowie häusliche und sexuelle Gewalt, strafrechtlich zu verbieten. Gleichzeitig sollen diese Verbote aber nicht die Privatsphäre, die Vertraulichkeit und die autonomen Entscheidungen der Einzelnen über ihre Sexualität und Fortpflanzung verletzen.⁴⁸
- Präventionsmassnahmen zur Verhinderung von gefährlichen Abtreibungen zu treffen sowie Versorgung und Beratung nach Abtreibung anzubieten.⁴⁹
- Für alle den Zugang zu umfassender, diskriminierungsfreier, objektiver und evidenzbasierter Sexuaufklärung sicherzustellen. Dabei ist insbesondere in der Sexuaufklärung von Kindern und Jugendlichen deren jeweiligem Entwicklungsstand Rechnung zu tragen.⁵⁰
- Unentbehrliche Arzneimittel, medizinische Produkte und Technologien zur Verfügung zu stellen, basierend auf der WHO-Liste der unentbehrlichen Arzneimittel.⁵¹
- Im Falle von Verletzungen des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit den Zugang zu wirksamen und transparenten Rechtsmitteln und Entschädigungen sicherzustellen (access to justice).⁵²

⁴⁸ Zur Relevanz des Arztgeheimnisses und den möglichen Folgen einer Verletzung, insbesondere in Kombination mit Stigmatisierung, siehe UN ECOSOC, E/CN.4/2004/49, Ziff. 40.

⁴⁹ Siehe dazu statt vieler auch UN ECOSOC, E/CN.4/2004/49, Ziff. 30.

⁵⁰ Siehe dazu auch die Empfehlungen an Paraguay und Polen, dass die Schulcurricula Sexualkunde und Familienplanung enthalten sollen: UN CESCR, E/C.12/PRY/CO/3, Ziff. 32; UN CESCR, E/C.12/1/Add.26, Ziff. 20.

⁵¹ Die Liste der unentbehrlichen Arzneimittel, welche die WHO publizierte, beabsichtigt nicht, einen globalen Standard zu definieren, sondern soll ein Hilfsmittel zur Erarbeitung von nationalen Listen unentbehrlicher Arzneimittel sein. Die Modelliste der WHO enthält namentlich antiretrovirale Therapie, Onkologika, Sexualhormone und Verhütungsmittel sowie Arzneimittel der Neonatologie. Siehe auch <http://www.who.int/medicines/services/essential_medicines_def/en/> (besucht: 11.5.2016); WHO, Human rights, S. 14 f.

⁵² „To repeal or eliminate laws, policies and practices that criminalize, obstruct or undermine individual’s or particular group’s access to sexual and reproductive health facilities, services, goods and information; To adopt and implement a national strategy and action plan, with adequate budget allocation, on sexual and reproductive health, which is devised, periodically reviewed and monitored through a participatory and transparent process, disaggregated by the prohibited grounds of discrimination; To guarantee universal and equitable access to affordable, acceptable and quality sexual and reproductive health services, goods and facilities, in particular for women and disadvantaged and marginalized groups; To enact and enforce the legal prohibition of harmful practices and gender-based violence, including female genital mutilation, child and forced marriages and domestic and sexual violence including marital rape, while ensuring privacy, confidentiality and free, informed and responsible decision-making, without coercion, discrimination or fear of violence, on individual’s sexual and reproductive needs and behaviours; To take measures to prevent unsafe abortions and to provide post-abortion care and counselling for those in need; To ensure all individuals and groups have access to comprehensive education and information on sexual and reproductive health, that is non-discriminatory, non-biased, evidence-

1.2.4. Bemerkungen der Vertragsüberwachungsorgane im Rahmen der Individualbeschwerdeverfahren (Views)

Vor allem vom CEDAW-Ausschuss und vom Menschenrechtsausschuss liegen Beurteilungen (Views)⁵³ von Individualbeschwerden zu den sexuellen und reproduktiven Rechten vor.⁵⁴

Der CEDAW-Ausschuss beanstandete in verschiedenen Fällen insbesondere, dass die Staaten keine adäquaten Massnahmen zum Schutz der Frau vor *sexueller Gewalt* ergriffen hatten. Sodann sah er das Recht auf Zugang zu sicherer, adäquater und effizienter Gesundheitsversorgung von *schwangeren Frauen und Mädchen* und deren Recht auf eine effektive Beschwerde als verletzt an.⁵⁵

- Im Fall *Teixeira v. Brazil*⁵⁶ beklagte eine Mutter den Tod ihrer im sechsten Monat schwangeren Tochter. Diese starb, nachdem sie ihr Kind tot geboren hatte, weil ihr eine adäquate medizinische Versorgung verweigert worden war.
- Im Fall *L.C. v. Peru*⁵⁷ klagte die Mutter eines Mädchens unter anderem, dass kein Verfahren zur Verfügung stehe, um eine legale Abtreibung einzufordern. Ihre Tochter wurde in Folge sexueller Ausbeutung durch einen 34 Jahre alten Mann mit 13 Jahren schwanger und unternahm deswegen einen Suizidversuch, den sie mit einer verletzten Wirbelsäule überlebte. Der Bitte, aus medizinischen Gründen eine Abtreibung vorzunehmen, wurde vom Spital nicht stattgegeben, obwohl das peruanische Gesetz die Möglichkeit einer Abtreibung bei gesundheitlichen Problemen der Mutter vorsieht.
- Im Fall *A.S. v. Ungarn*⁵⁸ klagte die Beschwerdeführerin, ohne Einwilligung sterilisiert worden zu sein.

Vereinzelt befasste sich zudem der Menschenrechtsausschuss mit den Rechten von *homosexuellen und trans Personen*. Er verurteilte 1994 erstmals einen Staat wegen diskriminierender, homophober Gesetze.⁵⁹ 2012 anerkannte der Menschenrechtsausschuss im Fall *Fedotova v. Russia* einen Verstoss gegen das Recht auf freie Meinungsäusserung. Die Beschwerdeführerin hatte in

based and taking into account the evolving capacities of children and adolescents; To provide medicines, equipment and technologies essential to sexual and reproductive health, including based on the WHO Essential Medicines List; and To ensure access to effective and transparent remedies and redress, including administrative and judicial ones, for violations of the right to sexual and reproductive health." UN CESCR, GC 22, Ziff. 49, deutsche Übersetzung des Autors.

⁵³ Zu beachten ist, dass, im Gegensatz zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR; dazu Kap. II.2) die Urteile („views“) der UN-Überwachungsorgane nicht streng bindend sind (siehe dazu KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 657, S. 259). Die Ausschüsse geben konkrete Empfehlungen im konkreten Fall beziehungsweise zur Rechtslage im betreffenden Staat und verpflichten die Staaten, nach sechs Monaten darüber Bericht zu erstatten, wie sie das Urteil umgesetzt haben.

⁵⁴ Die Entscheide sind abrufbar auf der Website des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte in der Datenbank <<http://juris.ohchr.org/>> oder in der Datenbank „Global Health and Human Rights Database“ unter <<http://www.globalhealthrights.org/>> (besucht: 11.11.2016).

⁵⁵ CEDAW Committee, *A.T. v. Hungary*, Communication No. 2/2003, vom 26.1.2005.

⁵⁶ CEDAW Committee, *Teixeira v. Brazil*, Communication No. 17/2008, vom 25.7.2011.

⁵⁷ CEDAW Committee, *L.C. v. Peru*, Communication No. 22/2009, vom 17.10.2011.

⁵⁸ CEDAW Committee, *A.S. v. Hungary*, Communication No. 4/2004, vom 14.7.2006.

⁵⁹ Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, vom 31.03.1994, Ziff. 8.7: „The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation.“

Bestätigt in Human Rights Committee, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, vom 18.09.2003, Ziff. 10.4 und Human Rights Committee, *X. v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, vom 14.05.2007, Ziff. 7.2. In beiden Fällen hiess der Menschenrechtsausschuss die Beschwerden zweier Männer gut, welche jeweils in einem gleichgeschlechtlichen Konkubinatsverhältnis lebten und nach dem Tod ihrer jeweiligen Partner keinen Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente hatten, da dieser nur Konkubinatspartnern aus verschiedengeschlechtlichen Beziehungen zugestanden wurde.

der Nähe einer Schule Plakate mit dem Text „Homosexualität ist normal“ aufgehängt und war dafür wegen „Verbreitung von Homosexualität unter Minderjährigen“ verurteilt worden.⁶⁰ Keine Diskriminierung sah der Menschenrechtsausschuss in der Regelung von Neuseeland, homosexuellen Paaren das Recht auf Ehe gemäss Art. 23 Abs. 2 UNO-Pakt II⁶¹ zu verweigern (Joslin v. New Zealand).⁶²

2017 erging die erste Beurteilung der Rechte von Transmenschen: Australien wurde verurteilt, weil einer verheirateten Transfrau nur unter der Bedingung, ihre Ehe aufzulösen, eine neue Geburtsurkunde ausgehändigt worden wäre (Verletzung von Art. 17 und 26 UNO-Pakt II).⁶³

Individualbeschwerden zum Thema Geschlechtsmerkmale respektive Intergeschlechtlichkeit sind, soweit ersichtlich, bis heute weder anhängig noch entschieden.

1.3. Bemühungen auf politischer Ebene (Soft-Law)

Zu den SRHR äussern sich regelmässig auch die politischen UN-Gremien, insbesondere die UN-Generalversammlung, der Menschenrechtsrat und die Frauenrechtskommission (Commission on the Status of Women, CSW). Darüber hinaus wurden die SRHR an verschiedenen Staatenkonferenzen (beispielsweise Weltbevölkerungskonferenzen oder Weltfrauenkonferenzen) verhandelt und präzisiert. Die jeweiligen von den internationalen Organisationen verabschiedeten Resolutionen und Empfehlungen sind zwar rechtlich nicht in gleicher Weise bindend wie ein Völkerrechtsvertrag, können aber als sogenanntes „Soft-Law“ rechtlich bedeutsam sein. Sie tragen, insbesondere wenn sie einstimmig verabschiedet und immer wieder bestätigt werden,⁶⁴ zur Verbindlichkeit der Auslegung menschenrechtlicher Verpflichtungen bei und präzisieren deren Tragweite.⁶⁵

Der Zusammenhang zwischen sexueller und reproduktiver Gesundheit und den Menschenrechten wurde erstmals an der Internationalen *Bevölkerungskonferenz in Kairo 1994*⁶⁶ und an der darauf folgenden *Weltfrauenkonferenz in Beijing 1995*⁶⁷ deklariert. Anerkannt wurde das Recht auf reproduktive Gesundheit, das heisst, das Recht auf umfassende Gesundheit bezüglich Sexualität, Familienplanung, Schwangerschaft und Geburt, das Recht auf Informationen zu den sexuellen und reproduktiven Rechten sowie das Recht auf Selbstbestimmung über die eigene Fortpflanzung. Der Zusammenhang zwischen den sexuellen und reproduktiven Rechten und der Menschenrechte der Frau wurde insbesondere durch die Erklärung und die Aktionsplattform von Beijing verdeutlicht: Diese Dokumente zeigen die bestehenden Probleme von Frauen auf⁶⁸ und halten die Staaten zu Massnahmen zur Umsetzung der Frauenrechte an. In den letzten 25 Jahren wurden diese Rechte

⁶⁰ Human Rights Committee, Fedotova v. Russian Federation, Communication No. 1932/2010, vom 31.10.2012.

⁶¹ „Das Recht von Mann und Frau, im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, wird anerkannt.“

⁶² Human Rights Committee, Joslin v. New Zealand, Communication No. 902/1999, vom 17.07.2002, Ziff. 8.1–8.3.

⁶³ Human Rights Committee, G. v. Australia, Communication No. 2172/2012, vom 17.03.2017.

⁶⁴ KÄLIN et al., S. 260 f.

⁶⁵ KÄLIN/KÜNZLI, S. 78.

⁶⁶ UN, ICPD Programme of Action, A/CONF.171/13, insbesondere Kap. VII (Reproductive Rights and Reproductive Health).

⁶⁷ UN, Beijing Report, A/CONF.177/20.

⁶⁸ UN, Beijing Report, A/CONF.177/20, siehe insbesondere insbesondere in den Kapiteln Frauen und Gesundheit (Kap. C) und Gewalt gegen Frauen (Kap. D).

von der UN-Generalversammlung, dem Menschenrechtsrat und der Frauenrechtskommission (CSW) sowie anlässlich von Folgekonferenzen bekräftigt und weiter verdeutlicht.⁶⁹

Die oben erwähnten Rechte, wie sie von den UN-Vertragsüberwachungsorganen anerkannt sind, waren auf politischer Ebene von Anfang an *unter* grossem *Druck*. Jegliche Bemühungen, diese Rechte zu verstärken, wurden bereits anlässlich der Weltbevölkerungskonferenz von 1994 wie auch der Weltfrauenkonferenz von 1995 bekämpft. Insbesondere Russland, China, der Heilige Stuhl sowie Mitglieder der Organisation für islamische Kooperation⁷⁰ lehnen diese Rechte bis heute regelmässig ab und versuchen, bereits anerkannte Standards zu mindern. Insbesondere das Recht auf Zugang zu Informationen über Sexualität und das Recht auf Sexualerziehung, das Recht auf Empfängnisverhütung sowie die Rechte von LGBTI-Menschen sind heftig umkämpft.⁷¹

1.3.1. Menschenrechtsrat

Der Menschenrechtsrat der UN hat verschiedene Resolutionen im Bereich der SRHR verabschiedet. Der Menschenrechtsrat hat die Aufgabe, den Schutz von Opfern von Menschenrechtsverletzungen zu verstärken und den Schutz der Menschenrechte und das Standard-Setting wie auch das Mainstreaming der Menschenrechtsarbeit der Vereinten Nationen zu fördern.⁷² Zur Erfüllung seiner Aufgabe hat er vor allem folgende zwei Instrumente zur Hand: zum einen die Universelle Periodische Prüfung („Universal Periodic Review“-Verfahren, UPR) und zum anderen sogenannte Spezialverfahren („Special Procedures“).

Im Rahmen des *UPR-Verfahrens*⁷³ haben verschiedene Staaten Empfehlungen zu SRHR abgegeben; auffallend ist hier die grosse Zahl von Empfehlungen zur sexuellen Orientierung und zur Geschlechtsidentität.⁷⁴

Die Schweiz erhielt im zweiten UPR-Zyklus 2012 von mehreren Staaten Empfehlungen zum Problem der Gewalt gegen Frauen, darunter insbesondere zur Bekämpfung von häuslicher Gewalt und zur Bekämpfung von Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung.⁷⁵ Darüber hinaus wurde ihr empfohlen, Hassreden auf Basis von Geschlecht, sexueller Orientierung und Ähnlichem⁷⁶ explizit unter Strafe zu stellen sowie den Schutz vor Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität zu verstärken.⁷⁷

Im Rahmen der *Spezialverfahren*, welche sich mit der Menschenrechtssituation in einem bestimmten Staat (länderspezifische Spezialberichterstatter_innen oder Arbeitsgruppen) oder mit einem

⁶⁹ Siehe im Einzelnen Women's Human Rights App unter <www.womenshumanrights.ch> (besucht: 11.11.2016). Siehe insbesondere die „Agreed language“ – zum Beispiel unter dem Keyword „sexual and reproductive health and human rights“.

⁷⁰ Organisation of Islamic Cooperation (OIC).

⁷¹ Siehe dazu einlässlich International Council on Human Rights Policy (ICHRP); GARITA/GIRARD; WICHTERICH.

⁷² KÄLIN/KÜNZLI, S. 280 f.

⁷³ Siehe allgemein zum UPR-Verfahren auf der Website von humanrights.ch unter <<http://www.humanrights.ch>> Internationale Menschenrechte > Vereinte Nationen UNO: Menschenrechtsorgane > Menschenrechtsrat > Universal Periodic Review UPR; zum zweiten UPR-Verfahren Schweiz unter <<http://www.humanrights.ch>> Service > Wegweiser > Universelle Periodische Überprüfung (UPR) der Schweiz (besucht: 15.11.2016).

⁷⁴ <<http://uhri.ohchr.org/>> Stichwort „Universal periodic Review“ und „sexual and reproductive rights“ beziehungsweise „sexual orientation“ und „gender identity“ (besucht: 11.11.2016).

⁷⁵ Siehe UN HRC, A/HRC/22/11/Add.1 mit Vermerk, welche Empfehlungen die Schweiz akzeptiert hat. Siehe da insbesondere etwa Ziff. 122.27 ff.; Ziff. 122.35 ff.; Ziff. 123.66 ff.; Ziff. 123.70.

⁷⁶ UN HRC, A/HRC/22/11/Add.1, Deutsch, Ziff. 123.49 (von der Schweiz nicht akzeptiert).

⁷⁷ UN HRC, A/HRC/22/11/Add.1, Deutsch, Ziff. 123.76 f. (von der Schweiz nicht akzeptiert).

bestimmten, international virulenten Menschenrechtsthema (themenspezifische Spezialberichterstatter_innen oder Arbeitsgruppen) befassen, hat die damalige Commission on Human Rights (inzwischen durch den Menschenrechtsrat ersetzt) 2002 das Mandat einer Spezialberichterstatter_in zum Recht auf Gesundheit geschaffen („Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health“). Das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit ist Bestandteil des Mandats;⁷⁸ 2011 hat der entsprechende Spezialberichterstatter der UN-Generalversammlung einen Bericht zur „criminalisation of sexual and reproductive health“ vorgelegt.⁷⁹ Zur sexuellen und reproduktiven Gesundheit hat der Menschenrechtsrat sodann im Juni 2016 gegen den Widerstand verschiedener Staaten beschlossen, eine Spezialberichterstatter_in zum Schutz vor Gewalt und Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität einzusetzen („Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity“).⁸⁰

1.3.2. Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung (SDG)

Die sexuellen und reproduktiven Rechte sind auch integraler Bestandteil der Post-2015 Entwicklungsagenda.⁸¹ Die UN hat darin die Ziele für eine nachhaltige Entwicklung (Sustainable Development Goals, SDGs) formuliert. Es handelt sich um politische Ziele, welche die Sicherung einer nachhaltigen Entwicklung auf ökonomischer, sozialer und ökologischer Ebene anstreben. Die Ziele wurden in Anlehnung an den Entwicklungsprozess der Millenniums-Entwicklungsziele (MDG) entworfen und traten am 1. Januar 2016 mit einer Laufzeit von 15 Jahren (bis 2030) in Kraft. Im Unterschied zu den MDG, die insbesondere Entwicklungsländern galten, gelten die SDG für alle Staaten.

Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung definiert 17 Ziele,⁸² von denen verschiedene die SRHR tangieren.⁸³ Einschlägig sind namentlich die Ziele 3 zu Gesundheit und 5 zu Geschlechtergleichstellung. In Unterzielen sind dazugehörige Forderungen konkretisiert, beispielsweise der Zugang für alle zu sexual- und reproduktionsmedizinischer Versorgung, der Einbezug der reproduktiven Gesundheit in nationale Strategien und Programme, ein Ende aller Formen der Diskriminierung und (sexuellen) Gewalt gegen Frauen und Mädchen, die Senkung der Mütter- und Kindersterblichkeit und die Bekämpfung von Aids und weiteren übertragbaren Krankheiten⁸⁴. Gemäss Ziel 16 sind zudem relevante Rahmenbedingungen zu schaffen, damit auch SRHR gewährleistet werden können: Zugang zur Justiz für alle sowie leistungsfähige, rechenschaftspflichtige und inkludierende staatliche Institutionen auf allen Staatsebenen.⁸⁵

⁷⁸ Siehe auf der Website des UN-Hochkommissariats für Menschenrechte unter <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/IssuesFocus.aspx>> (besucht: 11.11.2016).

⁷⁹ UN GA, A/66/254.

⁸⁰ UN HRC, A/HRC/32/L.2/Rev.1.

⁸¹ UN GA, A/RES/69/315, deutsche Übersetzung, S. 15 ff.

⁸² Detaillierter dazu die Website der Vereinten Nationen <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/>> (besucht: 26.4.2016).

⁸³ Siehe dazu International Women's Health Coalition (IWHC).

⁸⁴ Im Rahmen der Agenda 2030 verabschiedete zudem die Weltgesundheitsversammlung (WHO) am 26. Mai 2016 die „Global Health Sector Strategy on Sexually Transmitted Infections 2016–2021“, welche aus je einer Strategie zu HIV/Aids, virale Hepatitis und sexuell übertragbare Infektionen besteht <<http://www.who.int/reproductivehealth/news/wha69/en/>> (besucht: 30.5.2016).

⁸⁵ Siehe auch Ziel 16.2, welches verlangt, Missbrauch und Ausbeutung von Kindern, den Kinderhandel, Folter und alle Formen von Gewalt gegen Kinder zu beenden.

1.3.3. Weitere

Zwei weitere Regelwerke sind im Zusammenhang mit den sexuellen und reproduktiven Rechten zu erwähnen: die Yogyakarta-Prinzipien von 2006 und die IPPF-Erklärung der sexuellen und reproduktiven Rechte von 2008. Während die Yogyakarta-Prinzipien von (Menschenrechts-)Expert_innen erarbeitet wurden, ist die IPPF-Erklärung von der International Planned Parenthood Federation, dem internationalen Zusammenschluss nationaler Familienplanungsorganisationen mit Sitz in London, formuliert worden.

Die *Yogyakarta-Prinzipien* konkretisieren die Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung, die Geschlechtsidentität und, zumindest teilweise, auch in Bezug auf die Geschlechtsmerkmale.⁸⁶ Sie enthalten 29 Prinzipien, welche die zentralen Menschenrechte für LGBTI-Menschen bekräftigen und präzisieren. Entsprechend enthält jedes Prinzip konkrete Handlungsempfehlungen an die Staaten. Die Prinzipien bilden heute ein Referenzwerk, auf das sich auch die Vertragsüberwachungsorgane stützen.⁸⁷ Die Schweiz, welche die Prinzipien von Anfang an unterstützt hat, beruft sich in ihren aussenpolitischen Bemühungen regelmässig auf das Regelwerk.⁸⁸ Aktuell werden die Prinzipien weiterentwickelt, um die Rechtsentwicklungen seit der Erschaffung der Prinzipien im Jahr 2006 aufzunehmen.

Die *IPPF-Deklaration* konkretisiert die SRHR aufbauend auf der IPPF-Charta von 1995. Sie formuliert das Ziel und den Rahmen für die Bemühungen zur Verstärkung der sexuellen und reproduktiven Rechte der einschlägigen nicht-staatlichen Organisationen. Von den internationalen Menschenrechtsgremien wird sie, soweit ersichtlich, nicht zitiert.

⁸⁶ Yogyakarta-Prinzipien, abrufbar unter <http://www.yogyakartaprinciples.org/> (besucht: 9.10.2017). Siehe auch HRUSCHKA/PORTMANN, S. 150 ff.

⁸⁷ Siehe zum Beispiel UN CAT, CAT/C/FIN/CO/5-6, Ziff. 24.

⁸⁸ Siehe die Hinweise in GROHSMANN, Diskriminierung, S. 15.

2. Regionale Ebene: Europarat

2.1. Einleitung zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Kernstück der zu schützenden Menschenrechte auf euro-regionaler Ebene, das heisst in den Mitgliedstaaten des Europarates,⁸⁹ bildet die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Sie wird ergänzt durch eine Vielzahl von Zusatzprotokollen und weiteren Verträgen,⁹⁰ deren Unterzeichnung und Ratifizierung für die Mitgliedstaaten jedoch optional sind.

Im Folgenden wird eine Übersicht über die für die SRHR relevanten, von der Schweiz ratifizierten Europarats-Verträge gegeben, gefolgt von den von der Schweiz (noch) nicht ratifizierten Menschenrechtsinstrumenten auf Europaratsebene. Anschliessend werden, nach einer kurzen Einführung in den durch die EMRK gewährten Rechtsschutz, die für SRHR relevanten Konventionsnormen mit einem Fokus auf die Rechtsprechung dazu dargestellt.⁹¹ Dabei wird jeweils einleitend der Inhalt der Norm allgemein erläutert und danach die Rechtsprechung zu SRHR beleuchtet.

Tabelle 3: Überblick über die relevanten Menschenrechtsinstrumente im Bereich sexuelle und reproduktive Rechte auf Europaratsebene

Von der Schweiz ratifiziert:

Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950; ratifiziert von der Schweiz am 28.11.1974 (SR 0.101)

Protokoll Nr. 7 zur EMRK vom 22.11.1984 (insb. Art. 5, gleiche privatrechtliche Stellung der Ehegatten);⁹² ratifiziert von der Schweiz am 24.2.1988 (SR 0.101.07)

Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26.11.1987 (Europäische Folterkonvention); ratifiziert von der Schweiz am 7.10.1988 (SR 0.106)

Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005; ratifiziert von der Schweiz am 17.12.2012 (SR 0.311.543)

Übereinkommen über die Cyberkriminalität vom 23.11.2001 (insb. dessen Art. 9 Straftaten mit Bezug zu Kinderpornographie); ratifiziert von der Schweiz am 21.9.2011 (SR 0.311.43)

Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25.10.2007 (sogenannte Lanzerote-Konvention); ratifiziert von der Schweiz am 18.3.2014 (SR 0.311.40)

⁸⁹ Der Europarat zählt aktuell 47 Mitgliedstaaten. Nicht Mitglied ist insbesondere Weissrussland.

⁹⁰ Vollständige Liste der Konventionen: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/all>> (besucht: 29.4.2016).

⁹¹ Für einen schnellen Überblick über die Fälle in einem Sachbereich publiziert der EGMR auf seiner Website verschiedene Factsheets mit Zusammenfassungen der Urteile und der kommunizierten, das heisst den noch nicht entschiedenen, Fällen. Die Factsheets werden fortlaufend aktualisiert: <www.echr.coe.int> Press > Factsheets (besucht: 11.7.2016).

⁹² Siehe dazu nachfolgend Kap. II.2.10.

Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit vom 16.4.1964; ratifiziert von der Schweiz am 16.9.1977 (SR 0.831.104); nicht ratifiziert hat die Schweiz die revidierte Version und das Europäische Abkommen über Soziale Sicherheit
Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern vom 24.4.1967; ratifiziert von der Schweiz am 29.12.1972 (SR 0.211.221.310); nicht ratifiziert hat die Schweiz die revidierte Version
Europäisches Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder vom 15.10.1975; ratifiziert von der Schweiz am 10.5.1978 (SR 0.211.221.131)
Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts vom 20.5.1980; ratifiziert von der Schweiz am 27.9.1983 (SR 0.211.230.01)
Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Biomedizinkonvention) vom 4.4.1997; ratifiziert von der Schweiz am 27.4.2008 (SR 0.810.2)
Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen (Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen) vom 12.1.1998; ratifiziert von der Schweiz am 24.7.2008 (SR 0.810.21)
Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin bezüglich der Transplantation von menschlichen Organen und Gewebe vom 24.1.2002; ratifiziert von der Schweiz am 10.11.2009 (SR 0.810.22)
Übereinkommen über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe vom 22.7.1964; ratifiziert von der Schweiz am 6.10.1965 (SR 0.812.21)
Übereinkommen gegen Doping vom 16.11.1989; ratifiziert von der Schweiz am 5.11.1992 (SR 0.812.122.1)
Von der Schweiz nicht ratifiziert:
Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961; unterzeichnet von der Schweiz am 6.5.1976
Protokoll Nr. 12 zur EMRK vom 4.11.2000 (Allgemeines Diskriminierungsverbot)
Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention, SEV 210) vom 11.5.2011; unterzeichnet von der Schweiz am 11.09.2013, ⁹³ Ratifizierung beschlossen
Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin betreffend biomedizinische Forschung vom 25.1.2005
Übereinkommen des Europarats über die Fälschung von Arzneimittelprodukten und ähnliche Verbrechen, die eine Bedrohung der öffentlichen Gesundheit darstellen (SEV 211) vom 28.10.2011, unterzeichnet von der Schweiz am 28.10.2011

⁹³ Die Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) publizierte der Bundesrat am 2. Dezember 2016, BBl 2017 185. Die Bundesversammlung stimmte dem Beitritt zu, die Referendumsfrist lief am 5.10.2017 ab: Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BBl 2017 4275.

Neben den vom Ministerkomitee abgeschlossenen verbindlichen Verträgen können die Organe des Europarates, das Ministerkomitee, die Parlamentarische Versammlung und der Kongress der Gemeinden und Regionen, auch *Empfehlungen* an die Mitgliedstaaten abgeben.⁹⁴ Diesen Empfehlungen fehlt der verbindliche Charakter, sie können aber zur Auslegung der EMRK beigezogen werden.

Hervorzuheben ist die am 5.10.2004 von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates verabschiedete Resolution 1399 (2004) „European strategy for the promotion of sexual and reproductive health and rights“. Darin werden die Mitgliedstaaten aufgerufen, umfassende Strategien zu sexueller und reproduktiver Gesundheit auf europäischer und nationaler Ebene zu entwickeln und umzusetzen sowie eine Liste spezifischer Massnahmen zu ergreifen. Nebst dieser Resolution sind diverse weitere Soft-Law-Texte mit Bezug zu SRHR verabschiedet worden, zum Beispiel die Empfehlung des Ministerkomitees zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität (CM/Rec(2010)5), zu Geschlechtergleichstellungsstandards und -mechanismen (CM/Rec(2007)17), zum Zugang von Roma und Farenden zur Gesundheitsversorgung (CM/Rec(2006)10), zum Schutz und Förderung der Rechte von Frauen und Mädchen mit Behinderung (CM/Rec(2012)6) oder die Resolution der Parlamentarischen Versammlung zum Einbezug von Männern, insbesondere jungen Männern, in Fragen der reproduktiven Gesundheit (PACE/Res. 1394(2004)).

2.2. Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention und deren Auslegung

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährt (nur) *Individualrechtsschutz*. Das heisst, Einzelpersonen können gegen Staaten klagen, von denen sie sich in ihren Menschenrechten verletzt fühlen. Ausgeschlossen sind hingegen Klagen gegen Private sowie die richterliche Beurteilung einer allgemeinen Situation in einem Mitgliedstaat. Soll also eine überindividuelle Sachlage durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) beurteilt werden, muss dies anhand eines konkreten Einzelfalles, einer betroffenen Person,⁹⁵ geschehen.

In einem ersten Schritt prüft der EGMR, ob eine Beschwerde die folgenden Zulassungskriterien erfüllt (Art. 35 EMRK): Erstens die Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel (soweit zur Verfügung stehend), zweitens die Beschwerdeerhebung innerhalb der Frist von sechs Monaten seit der endgültigen nationalen Gerichtsentscheidung, drittens die Beschwerde auf der Grundlage der EMRK und viertens die Beschwerde gegen einen Vertragsstaat der EMRK.⁹⁶ Um eine Klage gegen die Schweiz anstrengen zu können, muss daher in der Regel ein Urteil des Bundesgerichts oder allenfalls des Bundesverwaltungsgerichts vorliegen. Klagen, die nicht offensichtlich als unzulässig erachtet worden sind, beurteilt in einem zweiten Schritt die sogenannte Kammer. Deren Entscheide können an die abschliessend urteilende Grosse Kammer weitergezogen werden. Sowohl Kammer als auch Grosse Kammer stellen fest, ob eine Verletzung der eingeklagten Artikel stattgefunden hat oder nicht. Wird eine solche Rechtsverletzung festgestellt, „und gestattet das innerstaatliche Recht (...) nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung [finanzieller Art] zu, wenn dies

⁹⁴ Siehe dazu Satzung des Europarates, angenommen in London am 5. Mai 1949, von der Bundesversammlung genehmigt am 19. März 1963, Schweizerische Beitrittsurkunde hinterlegt am 6. Mai 1963, in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Mai 1963, SR 0.192.030.

⁹⁵ Möglich ist auch die Klage von mehreren betroffenen Personen.

⁹⁶ Ein einfacher Überblick sowie weitergehende Informationen finden sich unter <<http://www.echr.coe.int>> The Court > How the Court works (besucht: 3.10.2016).

notwendig ist“ (Art. 41 EMRK). Dem verurteilten Staat obliegt es überdies, allenfalls notwendige Rechtsänderungen vorzunehmen, um weitere, gleiche Konventionsverletzungen zu verhindern (Art. 46 Abs. 1 EMRK).⁹⁷ Ein Urteil kann jedoch beispielsweise nicht lauten, der Staat werde dazu verurteilt, allen Schulkindern Sexualkundeunterricht zu erteilen oder der klagenden Person seien HIV-Medikamente kostenlos und ärztlich begleitet abzugeben. Den Vollzug des endgültigen Urteils durch den Staat überwacht das Ministerkomitee des Europarates (Art. 46 Abs. 2 EMRK). Obschon ein Urteil unmittelbar nur den entsprechenden Staat bindet, präzisiert und entwickelt der Gerichtshof durch seine Rechtsprechung die Auslegung der EMRK, wie sie für alle Mitgliedstaaten gilt, weiter.

Die Auslegung der einzelnen EMRK-Normen durch den Gerichtshof bleibt also nicht statisch, sondern entwickelt sich weiter. Wichtige Treiber dieser *Rechtsfortbildung*, also der EMRK als sogenanntes „living instrument“, insbesondere im Bereich sexueller und reproduktiver Rechte, sind der wissenschaftliche Fortschritt und die Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten. Wissenschaftlicher Fortschritt, beispielsweise neue Möglichkeiten zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, lösen neue rechtliche Fragen aus, mit denen sich der Gerichtshof im Rahmen von Beschwerden befassen muss. In diesem Sinne können neue wissenschaftliche Erkenntnisse und die rechtliche Entwicklung in den Mitgliedsstaaten aber auch zur Fortentwicklung der Rechtsprechung im Sinne der Gewährung eines weiteren oder differenzierteren Rechtsschutzes führen, wie es beispielsweise gegenüber Homosexuellen oder Transmenschen der Fall war (siehe Kap. II.2.7.4 und II.2.7.5).

Die in der EMRK verbrieften Rechte können durch die Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Grad eingeschränkt werden. Entsprechend gewähren Rechte, die absolut keiner *Einschränkung* durch die Mitgliedstaaten zugänglich sind, den stärksten Schutz. Von diesen Rechten darf auch im Notfall, wenn „das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht“ wird, nicht abgewichen werden (Art. 15 EMRK). Zu diesen sogenannten „notstandsfesten“ Rechten gehören das Folterverbot (Art. 3 EMRK), das Sklavereiverbot (Art. 4 Abs. 1 EMRK) und das Verbot der Strafe ohne Gesetz (Art. 7 EMRK), sowie, ausser „bei Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegshandlungen“ (Art. 15 Abs. 2 EMRK), auch das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK). Andere Normen, wie beispielsweise das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) oder das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) können eingeschränkt werden, sofern die in den Bestimmungen genannten Voraussetzungen eingehalten werden.

Sowohl hinsichtlich der Art und Weise der Gewährleistung der Rechte wie auch bezüglich der Einschränkungen kommt den Mitgliedsstaaten ein gewisser *Ermessensspielraum* zu (margin of appreciation). Je nach Recht, welches in Frage steht, ist dieser zugestandene Ermessensspielraum enger oder weiter. Grundsätzlich verringert sich dieser Spielraum, je relevanter der zur Debatte stehende Aspekt für die Existenz oder die Identität der Person ist. So steht den Mitgliedstaaten beispielsweise ein vergleichsweise geringeres Ermessen zu, wenn es um Fragen wie sexuelle Übergriffe, Zwangssterilisation oder die Freiheit des privaten Beziehungslebens unter Einschluss gleichgeschlechtlicher Kontakte geht. Hingegen wird ein eher breiter Spielraum zugestanden bei stark moralischen Fragen sowie bei klar divergierender Rechtslage in den Mitgliedstaaten. Ob und wie breit Ermessen zugestanden wird, unterliegt damit auch dem Wandel der Zeit. Entwickelt sich das nationale Recht der Mehrzahl der Mitgliedstaaten in dieselbe Richtung, beispielsweise in der Anerkennung neuer Familienformen, führt dies in der Regel auch zu einer Praxisänderung des Gerichtshofs.

⁹⁷ JACOBS/WHITE/OVEY, S. 42.

2.3. Recht auf Leben (Art. 2)

Aus dem Recht auf Leben ergeben sich drei hauptsächliche Pflichten der Mitgliedstaaten: Erstens die Pflicht, nicht unrechtmässig zu töten. Zweitens die Pflicht, aussergewöhnliche Todesfälle zu untersuchen. Und drittens die Pflicht, unter bestimmten Umständen Präventionsmassnahmen gegen verhinderbare Todesfälle zu ergreifen.⁹⁸

Bisher nicht geklärt durch die Rechtsprechung des EGMR wurde der Zeitpunkt, wann das Leben im Sinne des Schutzbereiches von Art. 2 EMRK beginnt und also eine allfällige Schutzpflicht entstehen könnte. Der gemeinsame Nenner zwischen den Mitgliedstaaten, so das Gericht, liege in der Anerkennung, dass *Embryonen und Foeten* zur „menschlichen Rasse“ („human race“) gehören und ihnen aus Gründen der Menschenwürde ein gewisser Schutz zukommen soll.⁹⁹ Art. 2 EMRK kann jedoch, so der Gerichtshof, nicht zum Schutz des Lebens von Ungeborenen angerufen werden, da diese mangels Staatenkonsens in dieser Frage nicht als Personen und damit als Grundrechtsträger gelten.¹⁰⁰ Die Definition des Lebensbeginnes und allenfalls ein Schutz des Ungeborenen liegen damit im Ermessen der Mitgliedstaaten. Explizit keine Verletzung von Art. 2 EMRK sah das Gericht in der Fristenregelung Norwegens, die mit der schweizerischen vergleichbar ist (zur Fristenregelung der Schweiz siehe Kap. III.3.5.3).¹⁰¹

2.4. Verbot der Folter (Art. 3)

2.4.1. Allgemeines zum Verbot der Folter

Das Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung gilt absolut, die Konvention lässt *keine Einschränkung* zu. Staaten obliegt sowohl die Pflicht, selbst keine entsprechenden Handlungen vorzunehmen, als auch dafür zu sorgen, dass niemand Verletzungen dieses Verbots durch Privatpersonen erleiden muss. Die Schutzpflicht gegen Verletzungen durch Private verlangt namentlich von den Mitgliedstaaten, entsprechende Handlungen unter Strafe zu stellen und diese Pönalisierung wirksam umzusetzen.¹⁰²

Vorausgesetzt wird eine *minimale Schwere* des Verhaltens („a minimum level of severity“); nicht jedes, nach nationalen Massstäben widerrechtliche oder sich unangenehm auswirkende Verhalten wird als Folter oder als unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung eingestuft.¹⁰³

⁹⁸ JACOBS/WHITE/OVEY, S. 143. Zur Schutzpflicht: EGMR, L.C.B. v. Vereinigtes Königreich, Application no. 23413/94, 9.6.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III; EGMR Grosse Kammer, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien, Application no. 47848/08, 17.7.2014, ECHR 2014-V.

⁹⁹ EGMR Grosse Kammer, Vo v. Frankreich, Application no. 53924/00, 8.7.2004, Ziff. 84, ECHR 2004-VIII.

¹⁰⁰ EGMR Grosse Kammer, Vo v. Frankreich, Application no. 53924/00, 8.7.2004, Ziff. 75 ff., ECHR 2004-VIII; EGMR Grosse Kammer, Evans v. Vereinigtes Königreich, Application no. 6339/05, 10.4.2007, Ziff. 54 ff., ECHR 2007-I; EGMR Grosse Kammer, A, B and C v. Irland, Application no. 25579/05, 16.12.2010, Ziff. 229 ff., ECHR 2010-VI. Anders hingegen Art. 4 der Amerikanischen Convention on Human Rights.

¹⁰¹ EGMR, R.H. v. Norwegen, Application no. 17004/90, 19.5.1992.

¹⁰² EGMR, Costello-Roberts v. Vereinigtes Königreich, Application no. 13134/8725.3.1993, Series A no. 247-C; EGMR, A. v. Vereinigtes Königreich, 23.9.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI; EGMR, Cestaro v. Italien, Application no. 6884/11, 7.4.2015, Ziff. 204 ff.

¹⁰³ EGMR Plenum, Irland v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5310/71, 18.1.1978, Ziff. 162, Series A no. 25; EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5856/72, 25.4.1978, Ziff. 30, Series A no. 26.

Ob diese minimale Schwere erreicht wurde, ist jeweils anhand der gesamten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden; Anhaltspunkte für diesen Entscheid sind insbesondere die Dauer der Behandlung, die persönlichen Umstände der Betroffenen (zum Beispiel Minderjährigkeit, Krankheit, Behinderung oder andere besondere Vulnerabilität) und die physischen und psychischen Folgen.¹⁰⁴

2.4.2. Folter- und Misshandlungsverbot in Bezug auf Sexualität und Reproduktion

Folter bestätigte der Gerichtshof in Fällen von tätlicher und sexueller Polizeigewalt, die unter anderem Vergewaltigung mittels Schlagstock, urinieren auf die Kläger_in und die Aufforderung zum Oralverkehr beinhaltete.¹⁰⁵

Eine Verletzung von Art. 3 EMRK aufgrund von *unmenschlicher und erniedrigender Behandlung* wurde auch im Falle von ungewollter Sterilisierung festgestellt.¹⁰⁶ Gleichfalls in den Schutzbereich von Art. 3 EMRK fallen kann gemäss Rechtsprechung des Gerichtshofes eine erniedrigende, vorurteilsbehaftete Befragung von Personen über ihre (homo-)sexuelle Orientierung. Im konkreten Fall wurde eine Verletzung von Art. 3 EMRK jedoch verneint.¹⁰⁷ Gleichfalls kein Verstoss gegen Art. 3 EMRK liegt vor bei einem Verbot des *Compassionate Use*¹⁰⁸ mit im Ausland nicht zugelassenen Krebsmedikamenten.¹⁰⁹ Es ist davon auszugehen, dass sich dieses Urteil beispielsweise auch auf HIV-Medikation übertragen lässt.

2.5. Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit (Art. 4)

2.5.1. Allgemeines zum Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält keine eigene Definition von *Sklaverei*, sondern greift auf diejenige des Sklavereiabkommens¹¹⁰ zurück. Art. 1 Abs. 1 dieses Abkommens bezeichnet als Sklaverei den „Zustand oder die Stellung einer Person, an der die mit dem Eigentumsrechte verbundenen Befugnisse oder einzelne davon ausgeübt werden“. Begriffsbestimmend ist das Element des Eigentums an der Person.

¹⁰⁴ EGMR Plenum, Ireland v. Vereinigtes Königreich, 18.1.1978, Ziff. 162, Series A no. 25; EGMR, Tyrer v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5856/72, 25.4.1978, Ziff. 32, Series A no. 26.

¹⁰⁵ EGMR Grosse Kammer, Selmouni v. Frankreich, Application no. 25803/94, 28.7.1999, Ziff. 101, ECHR 1999-V; EGMR, Maslova and Nalbandov v. Russland, Application no. 839/02, 24.1.2008.

¹⁰⁶ EGMR, V.C. v. Slowakei, Application no. 18968/07, 8.11.2011, Ziff. 100 ff., ECHR 2011 (extracts).

¹⁰⁷ EGMR, Smith and Grady v. Vereinigtes Königreich, Application nos. 33985/96 und 33986/96, 27.9.1999, Ziff. 120 ff., ECHR 1999-VI.

¹⁰⁸ *Compassionate Use* bezeichnet den Einsatz eines neuen, noch nicht für den Markt zugelassenen, Arzneimittels parallel zu klinischen Studien oder in der Zeit zwischen Abschluss der klinischen Studien und Marktzulassung.

¹⁰⁹ EGMR, Hristozov and Others v. Bulgarien, Applications nos. 47039/11 und 358/12, 13.11.2012, Ziff. 110 ff., ECHR 2012 (extracts).

¹¹⁰ Sklavereiabkommen, abgeschlossen in Genf am 25.9.1926, von der Bundesversammlung genehmigt am 3.10.1930, Beitrittsurkunde von der Schweiz hinterlegt am 1. November 1930, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.1930, SR 0.311.37.

Leibeigenschaft hingegen enthält dieses Element der mit dem Eigentumsrecht verbundenen Befugnisse nicht. Gemeinsam ist der Sklaverei und der Leibeigenschaft, dass das Individuum Arbeitsbedingungen unterworfen wird, die es nicht beeinflussen kann.¹¹¹

Für die Definition von *Zwangs- und Pflichtarbeit* referenziert der Gerichtshof auf Art. 2 des entsprechenden Übereinkommens der International Labour Organisation (ILO):¹¹² „Als «Zwangs- oder Pflichtarbeit» im Sinne dieses Übereinkommens gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.“ Ausgenommen davon werden, so Abs. 2 der Bestimmung, Militärdienst, übliche Bürgerpflichten, in beschränktem Mass gerichtlich auferlegte Arbeit sowie Katastrophendienst.

Das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft ist als *notstandsfestes* Recht ausgestaltet (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. 15 Abs. 2 EMRK, siehe Kap. II.2.2). Dieses steht auch nicht zur Disposition der betroffenen Person; das heisst, niemand kann rechtsgültig darin einwilligen, sich in Sklaverei oder Leibeigenschaft zu begeben.¹¹³ Das Verbot der Zwangsarbeit hingegen gilt nicht absolut, sondern kann nach Art. 15 EMRK *in Notstandsfällen eingeschränkt* werden. Art. 4 Abs. 3 EMRK listet zudem Arbeiten und Dienstleistungen auf, die nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne dieser Norm gelten.

Der negative Gehalt des Verbots, also der Schutz davor, nicht von einem Mitgliedstaat in Sklaverei oder Zwangsarbeit gehalten zu werden, scheint heute weniger praxisrelevant als die positive Pflicht, Personen *gegen Verletzungen durch Private zu schützen*.¹¹⁴ Diese positive Pflicht verlangt von den Mitgliedstaaten, Sklaverei und Zwangsarbeit unter Strafe zu stellen,¹¹⁵ bei Verdacht effektive Ermittlungen aufzunehmen, soweit möglich Personen aus Gefährdungslagen zu retten¹¹⁶ sowie allenfalls von einer Ausweisung oder Ausschaffung abzusehen, wenn Personen ansonsten der Gefahr von Sklaverei oder Leibeigenschaft ausgesetzt werden.¹¹⁷

2.5.2. Menschenhandel zum Zweck der Sexarbeit

Unter Art. 4 EMRK fällt auch Menschenhandel, insbesondere zum Zwecke der Sexarbeit, so der Gerichtshof im Entscheid *Rantsev v. Zypern und Russland*.¹¹⁸ Die Tochter des Klägers, eine 21-jährige Russin, hatte sich in Zypern mit einem Cabaret-Künstlerinnen-Visum aufgehalten. In der

¹¹¹ EGMR, *Siliadin v. Frankreich*, Application no. 73316/01, 26.7.2005, ECHR 2005-VII; EGMR, *M. and Others v. Italien und Bulgarien*, Application no. 40020/03, 31.7.2012, Ziff. 161.

¹¹² Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, angenommen in Genf am 28. Juni 1930, von der Bundesversammlung genehmigt am 20. Juni 1939, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 23. Mai 1940, in Kraft getreten für die Schweiz am 23. Mai 1941, geändert durch die Übereinkommen Nr. 80 und 116, SR 0.822.713.9; siehe EGMR *Grosse Kammer, Stummer v. Österreich*, Application no. 37452/02, 7.7.2011, Ziff. 47, ECHR 2011-V.

¹¹³ EGMR, *W., X., Y. and Z. v. Vereinigtes Königreich UK*, Application nos. 3435, 3436, 3437, 3438/67, 19.7.1968; m. w. H. dazu: JACOBS/WHITE/OVEY, S. 207.

¹¹⁴ Siehe auch EMRK Internationaler Kommentar, BIRK, Art. 4 N 7, 10.

¹¹⁵ Allein ein zivilrechtlicher Schutz genügt dieser Pflicht nicht, gefordert wird eine strafrechtliche Pönalisierung. Siehe auch PACE/Res 1663(2004), Ziff. 6.1.b.

¹¹⁶ EGMR, *C.N. v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 4239/08, 13.11.2012.

¹¹⁷ EGMR, *Mohammed Lemine Ould Barar v. Schweden*, Application no. 42367/98, 19.1.1999, jedoch keine Verletzung in diesem Fall festgestellt. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung bleibt offen, ob das Gericht tatsächlich einen Abschiebungsschutz unterstützt.

¹¹⁸ *Rantsev v. Zypern und Russland*, Application no. 25965/04, 7.1.2010, ECHR 2010 (extracts).

Praxis stehe dieser Aufenthaltsstatus für Sexarbeiter_innen unter vollständiger Kontrolle ihrer Arbeitgebenden. Beim Versuch, ihrem Manager zu entkommen, verunfallte sie tödlich. Die Beschwerde gegen ihr Herkunftsland Russland wurde für zulässig erachtet, weil diesem die Pflicht zukommt, präventive Massnahmen gegen Menschenhandel zu ergreifen. In seinem Urteil erkannte der Gerichtshof keine Verletzung dieser positiven Pflicht Russlands, Frau Rantseva gegen Trafficking zu schützen, jedoch eine Verletzung der prozessualen Pflicht, den Trafficking-Vorwurf zu untersuchen. Zypern wurde verurteilt, da das gesamte System der Artistinnen-Visa dem Opfer keinen genügenden Schutz vor Menschenhandel und Ausbeutung bot und Frau Rantseva folglich nicht ausreichend durch den Staat geschützt worden war.¹¹⁹ Über die prozessualen Rechte eines Opfers von Menschenhandel zum Zwecke der Sexarbeit hatte der Gerichtshof im Fall L.E. v. Griechenland zu entscheiden.¹²⁰ Dabei wurde anerkannt, dass eine Frist von neun Monaten zwischen der Meldung bei den Behörden und der Anerkennung als Opfer sowie eine unzureichende Verfolgung der Täterschaft nicht mit den Pflichten aus Art. 4 EMRK vereinbar sind.

Die Wirkung des Verbots des Menschenhandels durch Private führt insbesondere auch dazu, „dass Verträge über den «Verkauf» von Prostituierten in den Mitgliedstaaten absolut nichtig sein müssen.“¹²¹ Differenzierter eingeordnet wird hingegen die Zahlung eines Brautgeldes. Abhängig vom kulturellen Hintergrund, so der Gerichtshof, könne es sich dabei auch um ein Geschenk der Familie des Bräutigams an die Familie der Braut handeln und es müsse kein Eigentumsübergang an der Braut vorliegen.¹²²

2.6. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5)

2.6.1. Allgemeines zum Recht auf Freiheit und Sicherheit

Das Recht jeder Person auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK kann einerseits in Notsituationen eingeschränkt werden, andererseits sieht die Norm selbst bestimmte Fälle vor, in denen einer Person auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise die Freiheit entzogen werden darf

¹¹⁹ EGMR, Rantsev v. Zypern und Russland, Application no. 25965/04, 7.1.2010, Ziff. 282, ECHR 2010 (extracts) zur Subsumtion von Trafficking unter Art. 4 EMRK. Für die Definition von Menschenhandel stützt sich der Gerichtshof auf Art. 3 lit. a Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels und auf Art. 4 lit. a Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels: „Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderen Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Hilflosigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen oder Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die Gewalt über eine andere Person hat, zum Zweck der Ausbeutung. Ausbeutung umfasst mindestens die Ausnutzung der Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung, Zwangsarbeit oder Zwangsdienstbarkeit, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Entnahme von Organen.“

Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, abgeschlossen in New York am 15.11.2000, von der Bundesversammlung genehmigt am 23.6.2006, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 27.10.2006, in Kraft getreten für die Schweiz am 26.11.2006, SR 0.311.542. Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels, abgeschlossen in Warschau am 16.5.2005, von der Bundesversammlung genehmigt am 23.12.2011, Schweizer Ratifikationsurkunde hinterlegt am 17.12.2012, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2013, SR 0.311.543.

Zu Trafficking und Sexarbeit siehe auch PACE/Res 1983(2014).

¹²⁰ EGMR, L.E. v. Griechenland, Application no. 71545/12, 21.1.2016.

¹²¹ MACHACEK/GROF, S. 511, nach EMRK Internationaler Kommentar, BIRK, Art. 4 N 9, 10.

¹²² EGMR, M. and Others v. Italien und Bulgarien, Application no. 40020/03, 31.7.2012, Ziff. 161.

(Art. 5 Abs. 1 EMRK). Das Recht verpflichtet die Staaten nicht nur negativ, Freiheit und Sicherheit nicht ungesetzlich einzuschränken, sondern die Mitgliedstaaten unterliegen auch einer positiven Pflicht, die Freiheit jeder Person zu schützen und insbesondere besonders verletzbaren Personen einen wirksamen Schutz angedeihen zu lassen.¹²³

2.6.2. Freiheitsentzug zur Prävention der Verbreitung sexuell übertragbarer Krankheiten

Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK sieht vor, dass einer Person die Freiheit rechtmässig entzogen werden kann, wenn dadurch die Verbreitung einer ansteckenden Krankheit verhindert werden soll. Verfolgt wird damit das öffentliche Interesse des Gesundheitsschutzes; eine zwangsweise Unterbringung kann jedoch auch im Interesse der betroffenen Person liegen.¹²⁴ Die Massnahme ist aufzuheben, wenn keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Gesundheit mehr besteht. Die Zulässigkeit eines solchen Freiheitsentzugs prüft der Gerichtshof anhand der sogenannten „Winterwerp-Kriterien“: Die Ansteckungsgefahr muss medizinisch festgestellt und in einem Gutachten dargelegt sein; es muss eine Ansteckungsgefahr für die Allgemeinheit bestehen und die Massnahme muss verhältnismässig sein.¹²⁵ In einem im Jahr 2005 gefällten Urteil betreffend den insgesamt eineinhalb Jahre dauernden Freiheitsentzug eines HIV-positiven Menschen kam der Gerichtshof zum Schluss, dass zwar eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Gesundheit vorlag, die Massnahme jedoch unverhältnismässig war.¹²⁶ Heute wäre das Gefährdungspotential für die Allgemeinheit allerdings anders zu beurteilen, so RENZINOWSKI, da HIV zu einer gut therapierbaren Infektionskrankheit geworden ist.¹²⁷

2.7. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8)

Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens deckt eine grosse Breite von Lebenssachverhalten ab; namentlich im Bereich Sexualität und Reproduktion entwickelte der Gerichtshof eine reichhaltige Rechtsprechung unter Art. 8 EMRK. Im Folgenden wird, nach allgemeinen Erläuterungen, diese Rechtsprechung zu ausgewählten Aspekten der Sexualität und Reproduktion betrachtet.

2.7.1. Allgemeines zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Art. 8 Abs. 1 EMRK verbrieft das Recht jeder Person „auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.“ Dieses Recht kann jedoch unter den Bedingungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK eingeschränkt werden. Das heisst, auch wenn ein Eingriff in das Recht auf Privat- oder Familienleben vorliegt, kann dieser unter Umständen gerechtfertigt sein. Eine *Einschränkung* ist zulässig, „soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der

¹²³ EGMR, Storck v. Deutschland, Application no. 61603/00, 16.6.2005, Ziff. 102, ECHR 2005-V.

¹²⁴ EGMR, Witold Litwa v. Polen, Application no. 26629/95, 4.4.2000, Ziff. 60, ECHR 2000-III; EGMR, Suzie Koniarska v. Vereinigtes Königreich, Application no. 33670/96, 12.10.2000.

¹²⁵ Die Kriterien entwickelte der Gerichtshof in dem Entscheid EGMR, Winterwerp v. Niederlande, Application no. 6301/73, 24.10.1979, Series A no. 33.

¹²⁶ EGMR, Enhorn v. Schweden, Application no. 56529/00, 25.1.2005, ECHR 2005-I.

¹²⁷ Siehe dazu EMRK Internationaler Kommentar, RENZINOWSKI, Art. 5 N 193.

Gesundheit¹²⁸ oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Wie nachstehend in Kapitel III.2.2.1 gezeigt werden wird, stellt Art. 36 der Schweizer Bundesverfassung nahezu dieselben Anforderungen an eine Einschränkung von Grundrechten auf: Vorausgesetzt werden eine gesetzliche Grundlage, ein hinreichendes öffentliches Interesse (oder der Schutz der Grundrechte Dritter) sowie die Verhältnismässigkeit.

Das Recht auf Achtung des Privat- und des Familienlebens nach Art. 8 EMRK beinhaltet primär eine *Respektierungspflicht*, dass also jeder Person eine Privatsphäre frei von staatlicher Intervention zugestanden werden muss. Darüber hinaus wird dem Staat eine positive *Schutz- und Gewährleistungspflicht* auferlegt, die sich auch auf die Beziehung zwischen Privaten erstrecken kann.¹²⁹ Wird eine solche positive Pflicht bejaht, steht den Mitgliedstaaten jedoch in der Regel ein breites Ermessen zu, wie sie dieser nachkommen.

Der Gehalt des geschützten *Privatlebens* lässt sich nicht abschliessend definieren („not susceptible to exhaustive definition“¹³⁰), das heisst, der Schutzgehalt ist breit auszulegen und unterliegt einem steten Wandel. Hier zeigt sich sehr deutlich die oben beschriebene Rechtsfortbildung als Nachvollzug von wissenschaftlichem Fortschritt, mitgliedstaatlicher Rechtsentwicklung und sich ändernden Moralvorstellungen (Kap. II.2.2).

Das Recht auf Privatleben kann unterteilt werden in die folgenden vier Teilbereiche.¹³¹ Die Beispiele illustrieren den Inhalt jeweils nur exemplarisch und in Stichworten:

1. Selbstbestimmung über den eigenen Körper: physische und psychische Unversehrtheit, medizinische Behandlungen, Schwangerschaft, Sexualität, medizinische Geschlechtsangleichung;
2. Selbstbestimmte Lebensgestaltung: Kleidung, Lebensstil von Minderheiten, Beziehungsleben, Elternschaft, Beziehungen zu Verstorbenen, berufliche Beziehungen;
3. Informationelle Selbstbestimmung: Identität, Name, Datenschutz, Schutz vor Verpflichtung zur Datenveröffentlichung, öffentliche Berichterstattung und das Recht am eigenen Bild, Schutz des guten Rufs, Telefon- und andere Überwachung, Durchsuchung;
4. Umweltschutz.

Das *Familienleben* im Sinne von Art. 8 EMRK beruht auf einem weit gefassten Familienbegriff, der namentlich von der heterosexuellen Ehe unabhängig ist. Geschützt wird die faktische, sich tatsächlich nahestehende Familie im Sinne von Erwachsenenbeziehungen¹³² und allenfalls dazugehörigen Kindern;¹³³ dies unabhängig von Geschlecht, biologischer Abstammung, Zusammenleben und – eingeschränkt – der Generation.¹³⁴ Durch diesen weiten Familienbegriff unterscheidet sich der Schutzbereich von demjenigen des Rechts auf Eheschliessung (Art. 12 EMRK; siehe Kap. II.2.10).

¹²⁸ Eine Einschränkung zum Schutz der Gesundheit meint sowohl die individuelle als auch die öffentliche Gesundheit respektive die Gesundheit einer anderen Person, so EGMR Plenum, Eriksson v. Schweden, Application no. 11373/85, 22.6.1989, Ziff. 66 f., Series A no. 156.

¹²⁹ Zur nicht immer einfachen Abgrenzung zwischen positiven und negativen Pflichten siehe EGMR Grosse Kammer, Dickson v. Vereinigtes Königreich, Application no. 44362/04, 4.12.2007, Ziff. 70, ECHR 2007-V.

¹³⁰ EGMR, Peck v. Vereinigtes Königreich, Application no. 44647/98, 28.1.2003, Ziff. 57, ECHR 2003-I.

¹³¹ In Anlehnung an EMRK Kommentar, PÄTZOLD, Art. 8 N 6 ff.

¹³² Ehepaare ohne Kinder gelten auch als Familie, so EGMR, Zaunegger v. Deutschland, Application no. 22028/04, 3.12.2009, Ziff. 37.

¹³³ Für eine Übersicht über die Rechtsprechung zum Begriff des Familienlebens nach Art. 8 EMRK siehe: EMRK Kommentar, PÄTZOLD, Art. 8 N 41 ff.

¹³⁴ Geschwister, Grosseltern und Verwandte fallen nur bedingt unter den Familienbegriff. Zum Familienbegriff des EGMR grundlegend: EGMR Plenum, Marckx v. Belgien, Application no 6833/74, 13.6.1979, Series A no. 31.

Begrenzt ist der Schutzbereich des Rechts auf Familienleben auf bestehende Familien. Nicht erfasst wird der Wunsch, eine Familie zu gründen, weshalb beispielsweise ein Adoptionswunsch nicht in das Recht auf Familienleben fällt. Hingegen lässt der Gerichtshof keine Unterscheidung zwischen „legitimate“ und „illegitimate families“ zu. So ist beispielsweise das Band zwischen einer alleinerziehenden Mutter und ihren Kindern als Familienleben zu qualifizieren (zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften siehe Kap. II.2.7.5).¹³⁵

Geschützt durch Art. 8 EMRK wird der persönliche Kontakt zwischen den Familienmitgliedern. Dazu kann auch der Staat in einer positiven Pflicht stehen, auf die Zusammenführung von Familienmitgliedern hinzuwirken, insbesondere auf die Zusammenführung von Kindern und ihren Eltern.¹³⁶ Gilt eine Beziehung nicht als Familie im Sinn von Art. 8 EMRK, kommt eine Beurteilung unter dem Aspekt des Privatlebens – gleichfalls nach Art. 8 EMRK – in Frage.

2.7.2. Medizinische Behandlung und Gesundheitsdaten

Der Teilgehalt des Schutzes der physischen und der psychischen Integrität deckt einen ähnlichen Bereich ab wie das Verbot von Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und Strafe (Art. 3 EMRK), setzt jedoch eine geringere Eingriffsintensität voraus.¹³⁷

Art. 8 EMRK gewährt Schutz vor jeglicher *unfreiwilliger medizinischer Behandlung*, worunter beispielsweise auch gynäkologische Untersuchungen fallen (siehe auch Kap. III.3.2.1).¹³⁸ Besonders schwer verletzt wird das Privatleben einer Person bei operativer *Sterilisation*, die ohne vollständige und freie, informierte Einwilligung erfolgt. Diesfalls wird über Art. 8 EMRK hinaus auch Art. 3 EMRK, Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, verletzt.¹³⁹ Diese besondere Schwere der Verletzung muss bei der Bemessung der zugesprochenen Entschädigung angemessen berücksichtigt werden.¹⁴⁰ Gleichermassen wird eine vollständige und freie, informierte Einwilligung für medizinische Eingriffe vorausgesetzt, bei denen Komplikationen auftreten können, die eine Sterilisation überlebensnotwendig machen (beispielsweise ein Schwangerschaftsabbruch).¹⁴¹ Der Gerichtshof stellte überdies eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, wenn für den Zugang zu geschlechtsangleichenden Operationen oder zur Änderung des amtlichen Geschlechts Fortpflanzungsunfähigkeit nachgewiesen werden muss.¹⁴²

Aus dem Recht auf physische und psychische Integrität grundsätzlich nicht abgeleitet werden kann ein Anspruch auf *unentgeltliche medizinische Versorgung*. Es obliegt den Mitgliedstaaten, so das Gericht, die Gesundheitskosten so zu sozialisieren, dass ein angemessener Ausgleich zwischen

¹³⁵ EGMR Plenum, Marckx v. Belgien, 13.6.1979, Ziff. 31, Series A no. 31; EGMR, Fretté v. Frankreich, Application no. 36515/97, 26.2.2002, Ziff. 32, ECHR 2002-I.

¹³⁶ EGMR, Görgülü v. Deutschland, Application no. 74969/01, 26.2.2004.

¹³⁷ Physische und moralische Integrität, inklusive Sexualleben, als Teilgehalt des Privatlebens: EGMR, X and Y v. Niederlande, Application no. 8978/80, 26.3.1985, Ziff. 22, Series A no. 91.

¹³⁸ EGMR, Y.F. v. Türkei, Application no. 24209/94, 22.7.2003, Ziff. 43 f., ECHR 2003-IX; zur Rechtfertigung im Rahmen von Strafuntersuchungen: EGMR, Juhnke v. Türkei, Application no. 52515/99, 13.5.2008, Ziff. 72.

¹³⁹ EGMR, I.G. and Others v. Slowakei, Application no. 15966/04, 13.11.2012; EGMR, N.B. v. Slowakei, Application no. 29518/10, 12.6.2012; EGMR, V.C. v. Slowakei, Application no. 18968/07, 8.11.2011, ECHR 2011 (extracts).

¹⁴⁰ Gut 600€ als Entschädigung für eine Sterilisation ohne Einwilligung wurden als unangemessen tief gewertet: EGMR, G.B. and R.B. v. Republik Moldavien, Application no. 16761/09, 18.12.2012, Ziff. 32.

¹⁴¹ EGMR, Csoma v. Rumänien, Application no. 8759/05, 15.1.2013.

¹⁴² EGMR, Y.Y. v. Türkei, Application no. 14793/08, 10.3.2015, ECHR 2015 (extracts); EGMR, A.P., Garçon and Nicot v. France, Application nos. 79885/12 and 2 others, 6.4.2017.

den Bedürfnissen von Menschen mit einer Krankheit und der gesamten Gesellschaft getroffen wird.¹⁴³ Insbesondere aber Menschen in seiner Obhut hat der Staat adäquate medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Führt die unzulängliche oder fehlende medizinische Versorgung zum Tod der Person in staatlicher Obhut, kann auch das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) verletzt sein.¹⁴⁴

Medizinische *Informationen*, im zu beurteilenden Fall eine HIV-Infektion, sowie Krankenakten müssen gegen eine Weitergabe geschützt werden.¹⁴⁵ Wird beispielsweise der positive HIV-Status einer Privatperson in den Medien veröffentlicht, hat das Opfer Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und der Staat kann sich dieser nicht unter Hinweis auf die Pressefreiheit entziehen; fällt diese zu tief aus, liegt eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor.¹⁴⁶ Individuelle gesundheitsbezogene Informationen können nur unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK (Einschränkung des Rechts auf Privatleben, siehe Kap. II.2.7.1) offengelegt werden, demnach bei überwiegendem öffentlichem Interesse und basierend auf einer gesetzlichen Grundlage. Den Staat kann überdies umgekehrt auch eine positive Handlungspflicht treffen, staatliche oder private Informationen zugänglich zu machen. Einerseits kann es dem Staat obliegen, Informationen über staatliche Handlungen, welche potentiell gesundheitschädigende Wirkung entfalten, zugänglich zu machen, andererseits auch eine Offenlegung privater Informationen, beispielsweise Nutzerdaten einer Datingseite, zu erzwingen.¹⁴⁷

2.7.3. Sexualleben

Teil des durch Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens sind auch die *Sexualität und die sexuellen Beziehungen* einer Person.¹⁴⁸ „Die Freiheit des Sexuallebens beruht auf Toleranz und Pluralismus als Grundwerte einer demokratischen Gesellschaft. Sie findet ihre Grenzen einerseits dort, wo ihre Ausübung öffentlich ist, andererseits dort, wo sie zum Schutz der Gesundheit, der Moral oder der Rechte und Freiheiten anderer zulässigerweise beschränkt werden darf.“¹⁴⁹ Daraus wird abgeleitet, so ein etwas älterer Entscheid aus dem Jahre 1988, dass öffentlich und gegen Geld angebotene Sexualität respektive Sexarbeit gar nicht in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt.¹⁵⁰

Die *sexuelle Integrität* jeder Person, insbesondere auch von Menschen mit Behinderung und Kindern, zu schützen ist eine positive Pflicht der Staaten: Gegen Verletzungen, wie beispielsweise

¹⁴³ EGMR, *Pentacova and Others v. Moldawien* (dec.), Application no. 14462/03, 4.1.2005, The Law, Ziff. B, ECHR 2005-I.

¹⁴⁴ EGMR *Grosse Kammer, Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien*, Application no. 47848/08, 17.7.2014, Ziff. 143 f., ECHR 2014.

¹⁴⁵ EGMR, *Z v. Finnland*, Application no. 22009/93, 25.2.1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I.

¹⁴⁶ EGMR, *Armoniené v. Litauen*, Application no. 36919/02, 25.11.2008.

¹⁴⁷ EGMR, *McGinley and Egan v. Vereinigtes Königreich*, Application nos. 21825/93, 23414/94, 9.6.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, bezüglich Informationen über staatliche Nukleartests; EGMR, *K.U. v. Finnland*, Application no. 2872/02, 2.12.2008, ECHR 2008: Verletzung von Art. 8 EMRK, da kein gesetzlicher Rahmen vorhanden war, einen Internetanbieter zur Herausgabe der Identifikation eines Users zu zwingen, der auf einer Datingseite im Namen eines 12-jährigen Jungen inserierte, angeblich auf der Suche nach sexuellen Beziehungen mit Gleichaltrigen oder Männern.

¹⁴⁸ EGMR, *X and Y v. Niederlande*, Application no. 8978/80, 26.3.1985, Ziff. 22, Series A no. 91; EGMR, *Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v. Bundesrepublik Deutschland*, Application no. 6959/75, 19.5.1976.

¹⁴⁹ EMRK Internationaler Kommentar, WILDHABER, Art. 8 N 125, m. w. H.

¹⁵⁰ EGMR, *F. v. Schweiz*, Application no. 11680/85, 10.3.1988, DR 55 (Nichteintretensentscheid); siehe auch EMRK Internationaler Kommentar, WILDHABER, Art. 8 N 143.

durch Vergewaltigung, sexuellen Missbrauch oder sexuelle Ausbeutung müssen die nationalen Gesetze eine wirksame Bestrafung vorsehen sowie diese durch Strafuntersuchung und -verfolgung tatsächlich angewandt werden.¹⁵¹ Explizit gerechtfertigt gemäss der Rechtsprechung ist die Pönalisierung von konsensbasiertem Geschlechtsverkehr zwischen biologischen Geschwistern.¹⁵²

Sadomasochistische sexuelle Handlungen fallen ebenfalls in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 EMRK. Da die Handlungen jedoch zu Körperverletzungen führen, so der Gerichtshof in einem Urteil aus dem Jahre 1997, rechtfertigt der Gesundheitsschutz deren Kriminalisierung.¹⁵³ Als gerechtfertigt angesehen wurde die Entlassung eines unter anderem mit Sexualstraftätern arbeitenden Bewährungshelfers, weil er sadomasochistische Handlungen in einem Nachtclub betrieb sowie eine kommerzielle Website dazu unterhielt.¹⁵⁴

2.7.4. Transmenschen (Geschlechtsidentität)

Das Recht auf Achtung des Privatlebens schützt auch die Geschlechtsidentität, eröffnet sich also auch Transmenschen. Mit dem Präjudiz *Goodwin & I. v. UK* statuierte der Gerichtshof im Jahr 2002 eine positive Pflicht der Mitgliedstaaten zur *Änderung von Name und amtlichem Geschlecht* sowie das Recht, nach der Änderung verschiedengeschlechtlich heiraten zu können (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.4.1.D).¹⁵⁵ Das Ermessen der Mitgliedstaaten, die Voraussetzungen für diese Änderungen selbständig zu definieren, schränkte der EGMR mit dem Urteil *A.P. and Others v. Frankreich* im April 2017 erstmals ein: Körperliche Angleichungsmassnahmen, namentlich Hormonbehandlung und Operationen, als zwingende Voraussetzungen verletzen Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens), allenfalls auch Art. 3 EMRK (Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung). Zulässige Voraussetzungen sind hingegen, so der Gerichtshof, Diagnosen auch aus dem psychopathologischen Spektrum sowie körperliche Untersuchungen.¹⁵⁶ Bereits mehrfach als konventionskonform bestätigte der Gerichtshof das Erfordernis, eine bestehende Ehe aufzulösen respektive in ein Rechtsinstitut mit vergleichbaren Rechten und Pflichten zu konvertieren.¹⁵⁷ Voraussetzungen, die ein Staat für die Änderung von Name und amtlichem Geschlecht einfordert, müssen nicht nur konventionskonform sein, sie müssen von den Rechtsuchenden auch praktisch im jeweiligen Staat erfüllt werden können.¹⁵⁸ Über diese Rechtsprechung hinausgehend forderte die Parlamentarische Versammlung des Europarats mittels Resolution die Mitgliedstaaten auf, die Änderungen basierend auf Selbstbestimmung – und

¹⁵¹ EGMR, *M.C. v. Bulgarien*, Application no. 39272/98, 4.12.2003, ECHR 2003-XII; EGMR, *X and Y v. Niederlande*, 26.3.1985, Series A no. 91; EGMR, *Stubbings and Others v. Vereinigtes Königreich*, Application nos. 22083/93, 22095/93, 22.10.1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

¹⁵² EGMR, *Stübing v. Deutschland*, Application no. 43547/08, 12.4.2012.

¹⁵³ EGMR, *Laskey, Jaggard and Brown v. Vereinigtes Königreich*, 19.2.1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I.

¹⁵⁴ EGMR, *Pay v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 32792/05, 16.9.2008.

¹⁵⁵ EGMR *Grosse Kammer, Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 28957/95, 11.7.2002, ECHR 2002-VI; EGMR *Grosse Kammer, I. v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 25680/94, 11.7.2002.

¹⁵⁶ EGMR, *A.P., Garçon and Nicot v. France*, Application nos. 79885/12 and 2 others, 6.4.2017.

¹⁵⁷ EGMR *Grosse Kammer, Hämäläinen v. Finnland*, Application no. 37359/09, 16.7.2014, ECHR 2014.

¹⁵⁸ EGMR, *L. v. Litauen*, Application no. 27527/03, 11.9.2007, ECHR 2007-IV.

damit voraussetzungslos – zuzulassen. Selbige Resolution regt auch erstmalig an, dass die Mitgliedstaaten über ein drittes amtliches Geschlecht nachdenken sollen.¹⁵⁹

Bezüglich der *Kostenübernahme für eine medizinische Angleichung* beschied der Gerichtshof, dass die ärztlich bescheinigte Notwendigkeit körperlicher Angleichungsmassnahmen durch die Gerichte anzuerkennen sei.¹⁶⁰ Im Urteil Schlumpf v. Schweiz entschied der Gerichtshof zudem, dass es nicht mit dem Recht auf Privatleben vereinbar sei, von allen Transmenschens „starr-mechanisch“ eine zweijährige Psychotherapie als Voraussetzung für die Kostenübernahme operativer Angleichungsmassnahmen zu verlangen.¹⁶¹

Als Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK anerkannt wurde die Beziehung eines Transmannes zu seinen *sozialen Kindern*, welche biologisch von seiner Partnerin abstammen. Ein Recht, im juristischen Sinne als Vater anerkannt zu werden, wurde ihm jedoch verwehrt.¹⁶²

2.7.5. Homo- und Bisexualität (sexuelle Orientierung)

In konstanter Fortentwicklung der Rechtsprechung wird der Anspruch auf Achtung des Privatlebens Homosexueller – Fälle bisexueller Menschen finden sich nicht¹⁶³ – in immer weiterem Umfang geschützt (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.4.1.E).¹⁶⁴ Grundsätzlich werden heute für eine Einschränkung des Privatlebens von homosexuellen Menschen besonders triftige Gründe verlangt.¹⁶⁵

Einvernehmliche *homosexuelle Akte* zwischen Erwachsenen im privaten Umfeld entkriminalisierte der Gerichtshof im Jahr 1981.¹⁶⁶ Wurde damals ein höheres Schutzalter als bei heterosexuellen Akten noch als zulässig erachtet, so sah der Gerichtshof darin im Jahr 2001 einen Konventionsverstoss (Art. 8 i. V. m. 14 EMRK).¹⁶⁷ Die Unterscheidung zwischen im privaten Bereich gelebter und daher geschützter Sexualität und allenfalls betroffenen Allgemeininteressen ist auch bezüglich gleichgeschlechtlicher Sexualität zu beachten. So ist die strafrechtliche Verurteilung aufgrund von einzig zu privaten Zwecken selbst erstellten Videoaufnahmen, die homosexuelle Handlungen (in casu zwischen vier Männern) zeigen, nicht mit dem Recht auf Privatleben vereinbar. Das heisst,

¹⁵⁹ PACE/Res 2048(2015), Ziff. 6.2; siehe auch CM/Rec(2010)5, Ziff. 20 ff. In Österreich ist eine Klage einer intergeschlechtlichen Person auf den Geschlechtseintrag X anhängig: <<http://www.rklambda.at/index.php/de/314-historisch-gericht-entscheidet-ueber-drittes-geschlecht>> (besucht: 11.7.2016); am Deutschen Bundesverfassungsgericht ist dasselbe Begehren rechtshängig: <<http://dritte-option.de/>> (besucht: 3.7.2017).

¹⁶⁰ EGMR, Van Kück v. Deutschland, Application no. 35968/97, 12.6.2003, ECHR 2003-VII.

¹⁶¹ EGMR, Schlumpf v. Schweiz, Application no. 29002/06, 8.1.2009.

¹⁶² EGMR Grosse Kammer, X, Y and Z v. Vereinigtes Königreich, Application no. n°21830/93, 22.4.1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II.

¹⁶³ Die klagende Person in EGMR, Kara v. Vereinigtes Königreich, Application No. 36528/97, 22.10.1998, wird zwar als „bisexual male transvestite“ beschrieben, strittig war jedoch das Tragen von geschlechtskonnotierter Kleidung am Arbeitsplatz, nicht die Sexualität.

¹⁶⁴ Vergleiche auch CM/Rec(2010)05.

¹⁶⁵ EGMR, Smith and Grady v. Vereinigtes Königreich, Application nos. 33985/96, 33986/96, 27.9.1999, ECHR 1999-VI. Siehe auch nachstehend Kap. II.2.11.

¹⁶⁶ EGMR Plenum, Dudgeon v. Vereinigtes Königreich, Application no. 7525/76, 22.10.1981, Ziff. 60, Series A no. 45.

¹⁶⁷ EGMR Grosse Kammer (striking out), Sutherland v. Vereinigtes Königreich, Application no. 25186/94, 27.3.2001.

die Aufnahmen waren zulässig. Dem Staat stehe nur ein geringer Ermessensspielraum zu, da die öffentliche Gesundheit bei rein privat verwendeten Aufnahmen nicht tangiert werde.¹⁶⁸

Stabile Beziehungen zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Partner_innen sowie zu ihren biologischen, rechtlichen oder sozialen Kindern werden als *Familienleben* anerkannt.¹⁶⁹ Dies bedeutet, dass Eingriffe des Staates in das Familienleben gemäss den Vorgaben in Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein müssen. Familienleben wurde auch bejaht im Fall eines kroatisch-bosnischen Frauenpaares, dem das Zusammenleben in Kroatien verweigert worden war. Da das Paar im Unterschied zu unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren keine Aufenthaltsbewilligung erlangen konnte, wurde eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes (Art. 14 EMRK) in Verbindung mit Art. 8 EMRK bejaht.¹⁷⁰ Während der Gerichtshof ein Recht auf Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bisher verneinte,¹⁷¹ kam er im Jahr 2015 zum Schluss, dass die Mitgliedstaaten auch für gleichgeschlechtliche Paare ein Rechtsinstitut zur Absicherung ihrer Beziehung vorsehen müssen.¹⁷² In Bezug auf Kinder von gleichgeschlechtlichen Paaren urteilte der Gerichtshof im Jahr 2013, dass die Stiefkindadoption eingetragenen gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen muss, wenn diese auch unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren zugänglich ist.¹⁷³

2.7.6. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Embryonenspende und Forschung

Die medizinischen Möglichkeiten im Bereich der Fortpflanzung nehmen ständig zu, die Rechtslage in den Mitgliedsstaaten divergiert jedoch und widerspiegelt oft eine moralische Haltung. Entsprechend entwickelt der Gerichtshof seine Rechtsprechung zwar weiter, auferlegt sich dabei aber auch eine gewisse Zurückhaltung. Explizit gemacht wurde dies beispielsweise in Bezug auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten Fremdsamen- respektive Eizellenspenden zum Zweck der In-vitro-Fertilisation verbieten können. Obschon ein Verbot die Konvention im Entscheidzeitpunkt, im Jahr 2011, nicht verletzte, erachtete es der Gerichtshof als notwendig, dass die Mitgliedstaaten die rechtlichen und gesellschaftlichen Veränderungen im Auge behalten.¹⁷⁴ Zu einem späteren Zeitpunkt könnte ein solches Verbot also als mit Art. 8 EMRK unvereinbar beurteilt werden.

Einem Paar kann unter Umständen das Recht auf *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin* zukommen. So ist Art. 8 EMRK verletzt, wenn einem Inhaftierten, dessen Partnerin nach seiner Entlassung nicht mehr im gebärfähigen Alter sein wird, der Zugang zu Fortpflanzungsmedizin verweigert wird.¹⁷⁵

¹⁶⁸ EGMR, *A.D.T. v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 35765/97, 31.7.2000, ECHR 2000-IX.

¹⁶⁹ EGMR *Grosse Kammer, Vallianatos and Others v. Griechenland*, Application nos. 29381/09, 32684/09, 7.11.2013, ECHR 2013 (extracts); EGMR *Grosse Kammer, X and Others v. Österreich*, Application no. 19010/07, 19.2.2013, ECHR 2013.

¹⁷⁰ EGMR, *Pajić v. Kroatien*, Application no. 68453/13, 23.2.2016.

¹⁷¹ EGMR, *Schalk and Kopf v. Österreich*, Application no. 30141/04, 24.6.2010, ECHR 2010.

¹⁷² EGMR, *Oliari and Others v. Italien*, Application nos. 18766/11, 36030/11, 21.7.2015.

¹⁷³ EGMR *Grosse Kammer, X and Others v. Österreich*, Application no. 19010/07, 19.2.2013, ECHR 2013.

¹⁷⁴ EGMR *Grosse Kammer, S.H. and Others v. Österreich*, Application no. 57813/00, 3.11.2011, Ziff. 118, ECHR 2011.

¹⁷⁵ EGMR *Grosse Kammer, Dickson v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 44362/04, 4.12.2007, ECHR 2007-V.

Embryonen fallen in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) der Personen, von denen das genetische Material stammt.¹⁷⁶ Dennoch wurde ein gesetzliches Verbot für zulässig erachtet, demgemäss die Frau, von der die Embryonen abstammen, diese nach dem Tod ihres Partners nicht der Forschung überlassen darf. Der Ermessensspielraum der Staaten sei mit dem Verbot nicht überschritten worden.¹⁷⁷ Mit der EMRK vereinbar ist auch eine Regelung des nationalen Rechts, dass eine der beiden genetischen Elternteile des Embryos die Einwilligung in die zukünftige Verwendung widerrufen kann. Konventionskonform ist dies auch dann, wenn dadurch dem anderen „Elternteil“ jede Möglichkeit einer genetischen Elternschaft dauerhaft entzogen wird.¹⁷⁸

Lässt das nationale Recht zu, eine Schwangerschaft abzuberechen, weil das Kind eine vererbare Krankheit hat, so ist gesunden Trägereltern¹⁷⁹ auch Zugang zur *Präimplantationsdiagnostik* und damit die Selektion eines von der Krankheit nicht betroffenen Kindes zu gewähren (siehe auch Kap. II.2.7.7; zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.5.4.H).¹⁸⁰

2.7.7. Schwangerschaftsabbruch

Sich für oder gegen Elternschaft zu entscheiden, ist Teil des geschützten Privatlebens.¹⁸¹ Ein Schwangerschaftsabbruch, namentlich aus gesundheitlichen Gründen, fällt in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens und kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK eingeschränkt werden. Hingegen kann aus Art. 8 EMRK kein allgemeines Recht auf Schwangerschaftsabbruch abgeleitet werden; die Staaten können eine mit Art. 8 Abs. 2 EMRK vereinbare gesetzliche Einschränkung erlassen.¹⁸² Mit Blick auf den Abbruch einer Schwangerschaft sind im Einzelfall verschiedene, teils konkurrierende Interessen abzuwägen.

Als primär betroffen gilt die *schwangere Person*,¹⁸³ deren Rechte im Konfliktfall gegen diejenigen der *zeugenden Person* abzuwägen sind. Im bereits älteren Urteil *Boso* kam der Gerichtshof zum Schluss, dass die schwangere Person nicht verpflichtet sei, den „potentiellen Vater“ über einen geplanten Schwangerschaftsabbruch zu informieren und der Entscheid entsprechend allein ihr überlassen werden kann.¹⁸⁴

¹⁷⁶ Embryonen gelten jedoch nicht als Eigentum der Person im Sinne von Art. 1 Zusatzprotokoll 1 (Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SEV Nr.009, vom 20.3.1952).

¹⁷⁷ EGMR Grosse Kammer, *Parrillo v. Italien*, Application no. 46470/11, 27.8.2015, ECHR 2015.

¹⁷⁸ EGMR Grosse Kammer, *Evans v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 6339/05, 10.4.2007, ECHR 2007-I.

¹⁷⁹ Gesunde Trägereltern bedeutet, dass beide Elternteile die genetische Veranlagung für eine Erbkrankheit in sich tragen, die Krankheit bei ihnen jedoch nicht ausgebrochen ist oder nicht ausbrechen kann. Je nach Kombination ihrer an das Kind vererbten Gene wird dieses von der Krankheit betroffen sein oder nicht.

¹⁸⁰ EGMR, *Costa and Pavan v. Italien*, Application no. 54270/10, 28.8.2012; siehe auch EGMR, *R. R. v. Polen*, Application no. 27617/04, 26.5.2011, ECHR 2011 (extracts).

¹⁸¹ EGMR Grosse Kammer, *Evans v. Vereinigtes Königreich*, Application no. 6339/05, 10.4.2007, ECHR 2007-I.

¹⁸² EGMR, *Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v. Bundesrepublik Deutschland*, Application no. 6959/75, 19.5.1976, S. 115; EGMR, *P. and S. v. Polen*, Application no. 57375/08, 30.10.2012, Ziff. 96; EGMR Grosse Kammer, *A, B and C v. Irland*, Application no. 25579/05, 16.12.2010, ECHR 2010.

¹⁸³ EGMR, *Tysi c v. Polen*, Application no. 5410/03, 20.3.2007, ECHR 2007-I: Schwangerschaftsabbruch berührt das Privatleben der schwangeren Person.

¹⁸⁴ EGMR, *Boso v. Italien (dec.)*, Application no. 50490/99, 5.9.2002, ECHR 2002-VII; EGMR, *H. v. Norwegen*, Application no. 17004/90, 19.5.1992.

Sieht ein Staat den *Schwangerschaftsabbruch aus medizinischen Gründen* vor oder ist ein solches Recht auf Schwangerschaftsabbruch in der Verfassung enthalten, müssen die Regelungen im Einzelnen so konkret ausgestaltet sein, dass das Recht tatsächlich in Anspruch genommen werden kann und der Staat seiner positiven Pflicht zum Gesundheitsschutz der schwangeren Person nachkommt. Insbesondere ist ein zeitnahes Verfahren vorzusehen für den Fall der Uneinigkeit zwischen Ärzt_innen und der schwangeren Person über die Vornahme des Schwangerschaftsabbruches, um Beeinträchtigungen der Gesundheit der schwangeren Person zu verhindern oder zu minimieren.¹⁸⁵ Dem Staat obliegt es überdies auch, sein Gesundheitswesen so zu organisieren, dass die rechtmässige Weigerung einer Ärzt_in, den Abbruch vorzunehmen (siehe auch Kap. II.1.2.3 und II.2.8.2), einer schwangeren Person den rechtmässigem Schwangerschaftsabbruch nicht ganz verunmöglicht.¹⁸⁶ Die Relevanz des Faktors Zeit bedingt zudem, dass pränatale Tests bei Verdacht auf Missbildungen des Ungeborenen nicht so verzögert werden dürfen, dass der Entscheid über Fortführung oder Abbruch der Schwangerschaft verunmöglicht wird.¹⁸⁷

In den Entscheid einer *minderjährigen schwangeren Person*, das Kind auszutragen oder nicht, sind stets auch die Interessen der (Gross-)Eltern respektive der Inhaber_innen des Sorgerechts einzubeziehen. Das Sorgerecht verleiht ihnen indessen nicht das Recht, anstelle der Minderjährigen zu entscheiden. Im konkreten Fall wurde zudem das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK) verletzt, indem die Jugendliche fremdplatziert wurde, um den von ihr und ihrer Mutter befürworteten Schwangerschaftsabbruch zu verhindern.¹⁸⁸

2.7.8. Geburt und Neugeborene

Wie eine Person ihr Kind zur Welt bringt, ist ihre eigene Entscheidung. Wird dieses Entscheidungsrecht beeinträchtigt, beispielsweise durch staatliche Sanktionen gegenüber Gesundheitsfachpersonen wie Hebammen, wenn letztere *Hausgeburten* begleiten, so verletzt dies Art. 8 EMRK.¹⁸⁹ Als zulässige Einschränkung (Art. 8 Abs. 2 EMRK) erachtete der EGMR jedoch gesetzliche Vorgaben über die Infrastruktur und Arbeitsgeräte, welche Hebammen bei einer Geburt vor Ort zur Verfügung stehen müssen, auch wenn durch diese Vorgaben Hausgeburten faktisch verunmöglicht werden.¹⁹⁰

Die direkte Beziehung eines Neugeborenen zu der Person, die es zur Welt gebracht hat, genießt gleichfalls den Schutz von Art. 8 EMRK. Eine *Trennung direkt nach der Geburt* gegen den Willen der Person, die das Kind geboren hat, ist ein besonders schwerwiegender Eingriff, der nur durch ausserordentliche Umstände gerechtfertigt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn die Trennung als vorsorgliche Massnahme zum Schutz der Gesundheit des Kindes deklariert wird.¹⁹¹

¹⁸⁵ EGMR, *Tysięc v. Polen*, Application no. 5410/03, 20.3.2007, ECHR 2007-I; EGMR *Grosse Kammer, A, B and C v. Irland*, Application no. 25579/05, 16.12.2010, ECHR 2010.

¹⁸⁶ EGMR, *P. and S. v. Polen*, Application no. 57375/08, 30.10.2012. Siehe dazu auch PACE/Res 1763(2010), "The right to conscientious objection in lawful medical care"; Europäischer Ausschuss für soziale Rechte, *IPPF EN v. Italy*, Complaint No. 87/2012, 10.9.2013; Europäischer Ausschuss für soziale Rechte, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No. 91/2013, 12.10.2015 (beide zu Art. 11 Europäische Sozialcharta, welche die Schweiz nicht ratifiziert hat).

¹⁸⁷ EGMR, *R.R. v. Polen*, Application no. 27617/04, 26.5.2011, ECHR 2011 (extracts).

¹⁸⁸ EGMR, *P. and S. v. Polen*, Application no. 57375/08, 30.10.2012.

¹⁸⁹ EGMR, *Ternovszky v. Ungarn*, Application no. 67545/09, 14.12.2010.

¹⁹⁰ EGMR *Grosse Kammer, Dubská and Krejzová v. Tschechische Republik*, Application nos. 28859/11 and 28473/12, 15.11.2016, ECHR 2016.

¹⁹¹ EGMR, *Hanzelkovi v. Tschechische Republik*, Application no. 43643/10, 11.12.2014.

2.7.9. Abstammungskennntnis und (rechtliches) Kindsverhältnis

Die Kenntnis der eigenen (biologischen) Abstammung sowie das Wissen über die eigene (biologische) Vaterschaft fallen beide in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.5.6). In seiner Kasuistik dazu bejahte der Gerichtshof namentlich das Recht eines 67-Jährigen auf einen DNA-Test an seinem verstorbenen Vater;¹⁹² auch das bedingte Recht des adoptierten Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Herkunft, das in casu jedoch hinter das Recht der Mutter auf Anonymität zurücktreten musste, wurde bejaht,¹⁹³ sowie die Unzulässigkeit einer absoluten Frist für die Anfechtung der Vaterschaft durch den Vater.¹⁹⁴

Verschiedentlich befasste sich der Gerichtshof mit der *Erstellung der rechtlichen Vaterschaft* (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.5.6). Bejaht wurden die staatliche Pflicht, dem biologischen Vater zu ermöglichen, seine Vaterschaft rechtlich anerkennen zu lassen, respektive ein entsprechendes Verfahren anstrengen zu können,¹⁹⁵ sowie die staatliche Pflicht, dem (wahrscheinlichen) biologischen Vater zu ermöglichen, die Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes anzufechten.¹⁹⁶ Ferner bejahte der EGMR auch das Recht, dass Abklärungen der biologischen Vaterschaft innert vernünftiger Zeit abgeschlossen werden und in der Folge über das Kindsverhältnis entschieden wird;¹⁹⁷ das Recht des Vaters, die durch Ehe entstandene, jedoch biologisch in Frage stehende Vaterschaft anzufechten;¹⁹⁸ das Recht einer 52-Jährigen auf Anerkennung eines rechtlichen Verhältnisses zu ihrem biologischen Vater, dessen Name sie erst nach langer Zeit erfahren hatte¹⁹⁹ sowie das Recht der Mutter, im Einzelfall die sogenannte Pater-est-Regel²⁰⁰ anzufechten.²⁰¹

In die Abwägung, ob dem biologischen Vater, der nicht als rechtlicher Vater anerkannt ist, ein Recht auf *Kontakt mit den Kindern* zusteht, ist unter anderem zwingend das Kindeswohl einzubeziehen. Unterlässt dies der Staat, so werden die Rechte des biologischen Vaters aus Art. 8 EMRK verletzt.²⁰²

Bezüglich *Leihmutterschaft* entwickelte der Gerichtshof eine differenzierte Rechtsprechung. Im Herkunftsland registrierte Kindsverhältnisse zwischen Kindern aus Leihmutterschaft und Wunscheltern – in casu jeweils der biologische Vater und seine Ehefrau – sind anzuerkennen (zur Schweiz siehe Kap. III.3.5.5.D).²⁰³ Stammt jedoch das von einer Leihmutter ausgetragene Kind biologisch

¹⁹² EGMR, Jäggi v. Schweiz, Application no. 58757/00, 13.7.2006, ECHR 2006-X.

¹⁹³ EGMR Grosse Kammer, Odièvre v. Frankreich, Application no. 42326/98, 13.2.2003, ECHR 2003-III.

¹⁹⁴ EGMR, Shofman v. Russland, Application no. 74826/01, 24.11.2005; EGMR, Paulík v. Slowakei, Application no. 10699/05, 10.10.2006, ECHR 2006-XI (extracts). Zur Rechtsprechung bezüglich strittiger Vaterschaft siehe auch WYTTENBACH/GROHSMANN.

¹⁹⁵ EGMR, Róžański v. Polen, Application no. 55339/00, 18.5.2006.

¹⁹⁶ EGMR, L.D. and P.K. v. Bulgarien, Application nos. 7949/11 and 45522/13, 8.12.2016.

¹⁹⁷ EGMR, Mikulić v. Kroatien, Application no. 53176/99, 7.2.2002, ECHR 2002-I.

¹⁹⁸ EGMR, Mizzi v. Malta, Application no. 26111/02, 12.1.2006, ECHR 2006-I (extracts).

¹⁹⁹ EGMR, Phinikaridou v. Zypern, Application no. 23890/02, 20.12.2007.

²⁰⁰ Nach der Regel "Pater est quem nuptia demonstrat" wird der Ehemann der Person, die das Kind zur Welt bringt, automatisch rechtlicher Vater.

²⁰¹ EGMR, Kroon and Others v. Niederlande, Application no. 18535/91, 27.10.1994, Series A no. 297-C.

²⁰² EGMR, Anayo v. Deutschland, Application no. 20578/07, 21.12.2010, Ziff. 62.

²⁰³ EGMR, Mennesson v. Frankreich, Application no. 65192/11, 26.6.2014; EGMR, Labassee v. Frankreich, Application no. 65941/11, 26.6.2014; EGMR, Foulon v. Frankreich, Application no. 9063/14, 21.7.2016; EGMR, Bouvet v. Frankreich, Application no. 10410/14, 21.7.2016; EGMR, Laborie v. Frankreich, Application no. 44024/13, 19.1.2017. Der EGMR beurteilte das Privatleben der Kinder, nicht aber das der (Wunsch-)Eltern, als verletzt.

von keinem Wunschelternteil ab, so muss deren im Geburtsland registrierte Elternschaft nicht anerkannt werden und das – in casu erst neun Monate alte Kind – kann aus der Obhut der Wunscheltern entfernt werden. Bereits das Bestehen eines Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK wurde in diesem Fall verneint.²⁰⁴

Das Recht auf Privat- und Familienleben beinhaltet explizit keinen Anspruch auf *Adoption*;²⁰⁵ das Adoptionsrecht ist jedoch diskriminierungsfrei umzusetzen.²⁰⁶ Unzulässig ist es folglich, einer adoptionswilligen und dafür geeigneten Person die notwendige Adoptionsgenehmigung einzig deshalb zu versagen, weil sie in einer Beziehung mit einer Person desselben Geschlechts lebt.²⁰⁷ Die Schweiz wurde unter anderem dafür verurteilt, dass der nicht mit der Mutter verheiratete Partner, ihr – nicht aber sein – leibliches, erwachsenes Kind nicht adoptieren konnte, ohne dass das Kindsverhältnis zwischen Mutter und Kind erlöschen würde.²⁰⁸

2.7.10. Umweltverschmutzung

Die staatlichen Pflichten im Bereich Umwelt wurden soweit ersichtlich bisher nicht in Bezug auf Umweltverschmutzungen, die sich auf die menschliche Fertilität auswirken, beurteilt. Auf Basis der ergangenen Rechtsprechung erscheint es jedoch denkbar, diese auch auf solche Situationen zu übertragen. Diese staatlichen Handlungspflichten beinhalten die Information der Anwohnenden über Umweltverschmutzung und die (Gesundheits-)Risiken aus dem Betrieb einer privaten Unternehmung sowie allenfalls auch die Umsiedlung von Betroffenen.²⁰⁹

2.8. Religions- und Glaubensfreiheit (Art. 9)

2.8.1. Allgemeines zur Religions- und Glaubensfreiheit

Die Konvention gesteht mit Art. 9 EMRK jeder Person „das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“ zu. „[D]ieses Recht“, so Art. 9 Abs. 1 EMRK im Wortlaut, „umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.“ Absolut geschützt ist die *innere Freiheit*, einen beliebigen, religiösen oder nicht religiösen, oder auch keinen Glauben zu haben. Ebenfalls von dem Schutzbereich der Religions- und Glaubensfreiheit erfasst, jedoch nicht absolut geschützt,

²⁰⁴ EGMR Grosse Kammer, Paradiso and Campanelli v. Italien, Application no. 25358/12, 24.1.2017.

²⁰⁵ EGMR, Grosse Kammer, E.B. v. Frankreich, Application no. 43546/02, 22.1.2008, Ziff. 41; EGMR, Fretté v. Frankreich, Application no. 36515/97, 26.2.2002, Ziff. 32, ECHR 2002-I; EGMR, Di Lazzaro v. Italien, Application no. 31924/96, 10.7.1997, in casu kein Recht einer alleinstehenden Person, grundsätzlich zu Adoption zugelassen zu werden.

²⁰⁶ Für einen Überblick siehe Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBI 2015 877, S. 894 ff.

²⁰⁷ EGMR, Grosse Kammer, E.B. v. Frankreich, Application no. 43546/02, 22.1.2008.

²⁰⁸ EGMR, Emonet and Others v. Schweiz, Application no. 39051/03, 13.12.2007; die Umsetzung des Urteils soll mit der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), BBI 2015 877, erfolgen. Das Ministerkomitee des Europarates, welches die Umsetzung der Urteile überwacht, schloss das entsprechende Dossier bereits.

²⁰⁹ EGMR Grosse Kammer, Guerra and Others v. Italien, 19.2.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I; EGMR, Fadeyeva v. Russland, Application no. 55723/00, 9.6.2005, ECHR 2005-IV.

ist die *äussere Freiheit*, die entsprechende Überzeugung im privaten Bereich oder öffentlich, alleine oder in Gemeinschaft zu manifestieren.²¹⁰

Vergleichbar dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 2 EMRK, siehe Kap. II.2.7.1) verankert Art. 9 Abs. 2 EMRK die Bedingungen einer *Einschränkung* der äusseren Religionsfreiheit: Diese muss gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

2.8.2. Religions- und Glaubensfreiheit im Spannungsfeld mit sexuellen und reproduktiven Rechten und Sexualkundeunterricht

In Bezug auf sexuelle und reproduktive Rechte hatte der Gerichtshof bisher primär zu beurteilen, ob Religions- und Glaubensfreiheit der einen Person die *Einschränkung von sexuellen und reproduktiven Rechten einer anderen Person* rechtfertigen. Oft wird dabei keine Verletzung der Religions- und Glaubensfreiheit anerkannt.

In verschiedenen Urteilen stützte der Gerichtshof die Verpflichtung von Beschwerdeführenden, bestimmte Dienstleistungen, die sie als mit ihrem Glauben unvereinbar erachten, zu erbringen. So kann eine Apotheker_in zum Verkauf von Verhütungsmitteln verpflichtet werden, auch wenn sie Schwangerschaftsverhütung aus religiösen Gründen ablehnt.²¹¹ Gerechtfertigt war die Einschränkung des Rechts auf Religions- und Glaubensfreiheit auch im Falle der Kündigung einer Zivilstandsbeamtin und eines Paartherapeuten, die aus religiösen Gründen keine gleichgeschlechtlichen Paare trauen respektive beraten wollten.²¹²

Ebenso wurde die religiös motivierte Hinderung daran, eine Dienstleistung zu erbringen, vom Gerichtshof nicht als zu schützender Gehalt der Religions- und Glaubensfreiheit erachtet. So wurde das Verbot, den Zugang zu einer Klinik, die Schwangerschaftsabbrüche durchführt, mittels eines Gruppengebets zu versperren, vom EGMR gestützt.²¹³

Differenziert beurteilte der Gerichtshof die Klagen von zwei Kirchenangestellten, denen wegen Untreue in der Ehe gekündigt worden war. Die Kündigung eines Sprechers der Mormonen für Europa, der seit seiner Kindheit Teil der Mormonen-Gemeinde ist und die aussereheliche Affäre von sich aus mitteilte, wurde als zulässig erachtet. In dem Urteil Schüth hingegen erachtete der Gerichtshof die Rechte des Beschwerdeführers als verletzt, da die deutschen Gerichte seine Interessen ungenügend in die Abwägung mit den Interessen seiner Arbeitgeberin einbezogen hatte. Der Beschwerdeführer Schüth arbeitete als Organist und Chorleiter in einer katholischen Kirchgemeinde; gekündigt worden war ihm aufgrund der zwingend bekannt zu gebenden Geburt eines Kindes mit einer neuen Partnerin.²¹⁴

²¹⁰ EGMR, Ivanova v. Bulgarien, Application no. 52435/99, 12.4.2007; EGMR, Eweida and Others v. Vereinigtes Königreich, Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, ECHR 2013 (extracts).

²¹¹ EGMR, Pichon and Sajous v. Frankreich (dec.), Application no. 49853/99, 2.10.2001, ECHR 2001-X.

²¹² EGMR, Eweida and Others v. Vereinigtes Königreich, Application nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, 15.1.2013, ECHR 2013 (extracts).

²¹³ EGMR, Yvonne Th. M. Van Schijndel, Lutgarde Van der Heyden and Dirk J. Leenman v. Niederlande, Application no. 30936/96, 10.9.1997.

²¹⁴ EGMR, Obst v. Deutschland, Application no. 425/03, 23.9.2010; EGMR, Schüth v. Deutschland, Application no. 1620/03, 23.9.2010, ECHR 2010.

Obligatorischer *Sexualkundeunterricht* an staatlichen Schulen, von dem Eltern ihre Kinder nicht aus religiösen Gründen befreien können, verletzt die Religions- und Glaubensfreiheit nicht.²¹⁵ Vorausgesetzt wird jedoch, dass der Staat dafür sorgt, dass das Wissen in objektiver, kritischer und pluralistischer Manier vermittelt wird und keine Indoktrination verfolgt wird, die als Verletzung der elterlichen Religions- und Glaubensfreiheit eingestuft werden könnte (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.8.1 f.).²¹⁶

2.9. Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10)

2.9.1. Allgemeines zur Meinungsäußerungsfreiheit

Die Meinungsäußerungsfreiheit ist einerseits Voraussetzung demokratischer Gesellschaften und andererseits „Grundvoraussetzung der Selbstentfaltung des Einzelnen“ – gleichzeitig aber auch potentiell Werkzeug zur Verletzung von Personen, beispielsweise durch Hassreden.²¹⁷ Zwischen diesen Nutzen und Risiken sucht das Recht einen Ausgleich.

Das Recht auf freie Meinungsäußerung, so Art. 10 Abs. 1 EMRK im Wortlaut, „schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.“ Unter „Informationen“ und „Ideen“ fallen Äusserungen jeder Form und jeden Inhalts, auch schockierende und verstörende,²¹⁸ sowie Pornographie.²¹⁹ In Anbetracht des Schädigungspotenzials von Meinungsäußerungen wurde mit Abs. 2 „[d]ie Ausübung dieser Freiheiten (...) mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.“ Solche Einschränkungen der Meinungsäußerung lässt der Gerichtshof im Allgemeinen nur restriktiv zu. Allerdings gewährt er im Bereich der Moral, welche auch Sexualmoral erfasst,²²⁰

²¹⁵ Die Erwägungen beruhen primär auf Art. 2 Zusatzprotokoll 1, welches die Schweiz bisher nicht ratifizierte; im Lichte der Religions- und Glaubensfreiheit nach Art. 9 EMRK ergebe sich jedoch keine andere Bewertung.

²¹⁶ EGMR, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Dänemark, Application no. 5095/71 und zwei weitere 7.12.1976, Ziff. 53, Series A no. 23. Zu den Anforderungen an den Sexualkundeunterricht siehe auch Europäischer Ausschuss für soziale Rechte, International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia, Collective Complaint No. 45/2007, 30.3.2009, Ziff. 47. Die Europäische Sozialcharta, die der Ausschuss in dem Fall Kroatiens als verletzt einstufte, wurde von der Schweiz bisher nicht ratifiziert.

²¹⁷ EMRK Kommentar, MENSCHING, Art. 10 N 1, nach EGMR Plenum, Handyside v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5493/72, 7.12.1976, Ziff. 49, Series A no. 24: „From another standpoint, whoever exercises his freedom of expression undertakes "duties and responsibilities" the scope of which depends on his situation and the technical means he uses. The Court cannot overlook such a person's "duties" and "responsibilities" when it enquires, as in this case, whether "restrictions" or "penalties" were conducive to the "protection of morals" which made them "necessary" in a "democratic society".“

²¹⁸ EGMR Plenum, Handyside v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5493/72, 7.12.1976, Ziff. 49, Series A no. 24.

²¹⁹ EGMR, Wingrove v. Vereinigtes Königreich, Application no. 17419/90, 25.11.1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V.

²²⁰ EGMR Plenum, Handyside v. Vereinigtes Königreich, Application no. 5493/72, 7.12.1976, Series A no. 24; EGMR, Müller and Others v. Schweiz, Application no. 10737/84, 24.5.1988, Series A no. 133.

den Staaten einen vergleichsweise weiten Ermessensspielraum, welche Meinungsäußerungen im jeweiligen Kontext als nicht tolerierbar eingeschätzt werden.

2.9.2. Meinungsäußerungsfreiheit in Bezug auf Sexualität und Reproduktion

Das Recht auf Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit ist grundsätzlich zweiseitig; dies wieder spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Einerseits finden sich Urteile zur Einschränkung von Äußerungen über die *Privatsphäre von Dritten*, wodurch ebendiese Privatsphäre geschützt wird. Andererseits beurteilte der Gerichtshof das Recht auf freie Meinungsäußerung zu *bestimmten Themen* wie Homosexualität oder Schwangerschaftsabbruch.

Das Recht auf die Äußerung der Meinung zu bestimmten Themen steht auch in Verbindung mit dem Recht auf *Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit* (Art. 11 EMRK), dem Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln.²²¹ So wird insbesondere das Recht, sich zur friedlichen Äußerung einer gemeinsamen Meinung im Rahmen einer Kundgebung zu versammeln, durch die Art. 10 und 11 EMRK geschützt.

Mehrfach hatte sich der Gerichtshof mit der Darstellung von *Sexualität in der Kunst* zu befassen. Dabei führten sowohl der Wandel der Moral über die Zeit als auch die je unterschiedlichen Umstände des Einzelfalles zu unterschiedlichen Urteilen. Während in dem im Jahr 1988 gefällten Urteil Müller v. Schweiz eine Busse für die Ausstellung von als „obszön“ erachteter moderner Kunst gestützt wurde, beurteilte der Gerichtshof 2007 ein Ausstellungsverbot gegen eine Karikatur, die Personen des öffentlichen Lebens bei sexuellen Handlungen darstellte, als unzulässige Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit. Letzteres Urteil stützte jedoch deutlich darauf ab, dass der Kläger im Vergleich zu den anderen Dargestellten wenig bekannt war und dass das Bild offensichtlich Satire war.²²²

Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit obliegen auch den *Medien*. Die Veröffentlichung der Identität eines ansonsten öffentlich nicht bekannten Kindes, das sexuell ausgebeutet worden war, führte zu einer berechtigten Verurteilung der Zeitung.²²³ Auch ein Publikationsverbot gegen die Biographie der ehemaligen Geliebten des Premierministers, in der Details über das gemeinsame Sexualleben ausgebreitet werden, verletzt Art. 10 EMRK nicht. Die Privatsphäre des Premierministers wurde höher gewertet, obschon er eine öffentliche Figur ist und die Darstellungen der Wahrheit entsprachen.²²⁴

Gerechtfertigterweise als *Hassrede* verurteilt, und damit nicht als zulässige Meinungsäußerung geschützt, wurde das Verteilen von Flugblättern an einer Schule, in denen „Homosexualität als «abweichende sexuelle Neigung» bezeichnet [wurde], die einen moralschädigenden Effekt auf die Gesellschaft habe.“²²⁵ Eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit erkannte der EGMR auch in der Verurteilung von LGBT-Aktivist_innen nach den russischen „propaganda laws“, das heisst

²²¹ Siehe hierzu insbesondere: EGMR, *Bączkowski and Others v. Polen*, Application no. 1543/06, 3.5.2007; EGMR, *Alekseyev v. Russland*, Application nos. 4916/07, 25924/08 und 14599/09, 21.10.2010; EGMR, *Identoba and Others v. Georgien*, Application no. 73235/12, 12.5.2015; EGMR, *Lashmankin and Others v. Russland*, Application no. 57818/09 and 14 others, 7.2.2017.

²²² EGMR, *Müller and Others v. Schweiz*, Application no. 10737/84, 24.5.1988, Series A no. 133; EGMR, *Vereinigung Bildender Künstler v. Österreich*, Application no. 68354/01, 25.1.2007.

²²³ EGMR, *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Österreich*, Application no. 3401/07, 17.1.2012.

²²⁴ EGMR, *Ruusunen v. Finnland*, Application no. 73579/10, 14.1.2014.

²²⁵ EGMR, *Vejdeland v. Schweden*, Application no. 1813/07, 9.2.2012, Ziff. 55, deutsche Übersetzung des Österreichischen Instituts für Menschenrechte.

Gesetzen, welche positive Äusserungen über Homosexualität und nicht dem traditionellen Familienbild entsprechende Beziehungsformen unter Strafe stellen. Angeblicher Zweck der propaganda laws sei es, Minderjährige zu schützen; eine Argumentation, der der EGMR jedoch nicht folgte. Vielmehr wurde der Effekt der Gesetze, dass Minderjährige nicht informiert werden dürfen, als mit den Werten der EMRK unvereinbar erachtet und das Inkraftsetzen der Gesetze als Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit gewertet.²²⁶

Die Zulässigkeit der Verbreitung von Informationen und Äusserungen zum Thema *Schwangerschaftsabbruch* hatte der Gerichtshof bereits verschiedentlich zu beurteilen. Im Urteil *Open Door and Dublin Well Women* stufte er ein gesetzliches Verbot, Schwangere über Möglichkeiten des Schwangerschaftsabbruchs im Ausland zu informieren, als Verletzung von Art. 10 EMRK ein.²²⁷ Gleichfalls die Meinungsäusserungsfreiheit verletzt hatte Portugal, indem ein Schiff der „Women on Waves“ daran gehindert worden war, portugiesisches Hoheitsgewässer zu befahren. Die Women on Waves beabsichtigten, mit anderen Organisationen über die Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten, Familienplanung und Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbruch zu diskutieren sowie für die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs zu werben.²²⁸

2.10. Recht auf Eheschliessung (Art. 12)

2.10.1. Recht auf Ehe

Art. 12 EMRK statuiert, so der Wortlaut, das Recht von „Männer[n] und Frauen im heiratsfähigen Alter (...), nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.“ Anders als Art. 8–10 EMRK sieht das Recht auf Eheschliessung in sich keine Einschränkungen vor, sondern gewährt den Mitgliedstaaten einen *Ermessensspielraum mit Gesetzesvorbehalt* („nach den innerstaatlichen Gesetzen“). Als Mindestanforderung muss das nationale Eherecht den Kerngehalt von Art. 12 EMRK wahren.²²⁹ Überdies müssen Einschränkungen der Ehefreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen sowie willkürfrei und verhältnismässig sein.²³⁰ Damit sind die Einschränkungsmöglichkeiten letztlich ähnlich wie diejenigen nach Art. 8 Abs. 2 respektive Art. 9 Abs. 2 EMRK.

Kern des Rechts auf Eheschliessung ist, dass die Mitgliedstaaten das Institut der zivilen Ehe vorsehen müssen; ein religiöser Eheschluss vermag dieses nicht zu ersetzen.²³¹ Zudem wird der Kerngehalt beispielsweise dann verletzt, wenn Angehörige bestimmter Staaten von der Ehe ausgeschlossen werden. Aus berechtigten Gründen steht es Staaten jedoch offen, Ehen zu verhindern, die allein zum Zweck der Vorteilserlangung im Migrationskontext eingegangen werden sollen,²³² wie es beispielsweise Art. 97a ZGB²³³, Umgehung des Ausländerrechts, für das Schweizer Recht beabsichtigt.

²²⁶ EGMR, *Bayev and Others v. Russland*, Applications nos. 67667/09 and 2 others, 20.6.2017.

²²⁷ EGMR Plenum, *Open Door and Dublin Well Woman v. Irland*, 29.10.1992, Series A no. 246-A.

²²⁸ EGMR, *Women On Waves and Others v. Portugal*, Application no. 31276/05, 3.2.2009.

²²⁹ EGMR, *Parry v. Vereinigtes Königreich (dec.)*, Application no. 42971/05, 28.11.2006, ECHR 2006-XV.

²³⁰ EGMR, *Jaremowicz v. Polen*, Application no. 24023/03, 5.1.2010, Ziff. 50.

²³¹ EMRK Kommentar, PÄTZOLD, Art. 12 N 4, m. w. H.

²³² EGMR, *Jaremowicz v. Polen*, Application no. 24023/03, 5.1.2010, Ziff. 49.

²³³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

Als *positive Pflicht* verankert Art. 12 EMRK insbesondere, dass die Staaten einen Schutz vor Zwangsehen vorzusehen haben (zur Umsetzung in der Schweiz siehe Kap. III.3.7.4).²³⁴

Die Eheschliessungsfreiheit nach Art. 12 EMRK schützt nur Ehen, für deren Schliessung Urteilsfähigkeit vorausgesetzt wird.²³⁵ Das heiratsfähige Alter zu definieren liegt jedoch im Ermessen der Mitgliedstaaten. Explizit zu gewähren ist das Recht auf Eheschliessung auch Strafgefangenen.²³⁶ Auch ein Stiefvater und seine Stieftochter müssen heiraten dürfen, zumindest nach dem Tod beider leiblicher Eltern der Stieftochter.²³⁷ Kein Recht auf Eheschliessung gestand der Gerichtshof bisher gleichgeschlechtlichen Paaren zu.²³⁸ Öffnet ein Staat die Ehe freiwillig für gleichgeschlechtliche Paare, so geniessen diese gleichfalls den Schutz aus Art. 12 EMRK.²³⁹ Transmenschen muss nach einer Änderung des amtlichen Geschlechts die Eheschliessung mit einer Person des anderen amtlichen Geschlechts möglich sein.²⁴⁰

2.10.2. Scheidung und Wiederverheiratung

Regelungen der Scheidung können nicht nur Art. 12 EMRK, sondern auch Art. 8 EMRK berühren. Jedoch beinhalten beide Normen kein Scheidungsrecht.²⁴¹ Erlaubt das nationale Recht jedoch Scheidungen, so muss danach eine neue Ehe eingegangen werden können.²⁴² Dieses Recht auf Wiederverheiratung kann allenfalls auch durch ein überlanges Scheidungsverfahren verletzt werden.²⁴³ Gleichfalls als Konventionsverletzung eingestuft wurde das dreijährige Wiederverheiratsverbot gegenüber der für das Scheitern der Ehe schuldigen Partner_in nach dem früheren Schweizer Eherecht.²⁴⁴

²³⁴ EMRK Kommentar, PÄTZOLD, Art. 12 N 24.

²³⁵ EMRK Kommentar, PÄTZOLD, Art. 12 N 11.

²³⁶ Statt vieler: EGMR, Frasik v. Polen, Application no. 22933/02, 5.1.2010, Ziff. 9 ff., ECHR 2010 (extracts).

²³⁷ EGMR, B. and L. v. Vereinigtes Königreich, Application no. 36536/02, 13.9.2005.

²³⁸ Zum Recht auf ein anderes Rechtsinstitut siehe Kap. II.2.7.5.

²³⁹ EGMR, Schalk and Kopf v. Österreich, Application no. 30141/04, 24.6.2010, Ziff. 61, ECHR 2010; siehe auch EGMR, Fretté v. Frankreich, Application no. 36515/97, 26.2.2002, Ziff. 34, ECHR 2002-I. Insbesondere zum Ermessensspielraum, gleichgeschlechtliche Ehen zuzulassen oder nicht, siehe auch EGMR Plenum, Rees v. Vereinigtes Königreich, 17.10.1986, Series A no. 106; EGMR Plenum, Cossey v. Vereinigtes Königreich, 27.9.1990, Series A no. 184; EGMR Grosse Kammer, Sheffield and Horsham v. Vereinigtes Königreich, Application no. 22985/93 und 23390/94, 30.7.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V; EGMR Grosse Kammer, Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich, Application no. 28957/95, 11.7.2002, ECHR 2002-VI; EGMR Grosse Kammer, Hämäläinen v. Finland, Application no. 37359/09, 16.7.2014, ECHR 2014; EGMR, Chapin and Charpentier v. Frankreich, Application no. 40183/07, 9.6.2016.

²⁴⁰ EGMR Grosse Kammer, Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich, Application no. 28957/95, 11.7.2002, ECHR 2002-VI. In seiner Rechtsprechung geht der Gerichtshof offensichtlich von dem amtlichen Geschlecht der Partner_innen als determinierender Aspekt von Geschlecht aus (siehe zum Beispiel EGMR Grosse Kammer, Hämäläinen v. Finland, Application no. 37359/09, 16.7.2014, Ziff. 70, ECHR 2014). Demnach müssen die Mitgliedstaaten die Ehe nicht öffnen für Paare, die registerrechtlich mit demselben Geschlecht erfasst sind. Dies verhindert jedoch nicht, dass auch in Staaten, welche keine Ehe von in dem Sinne gleichgeschlechtlichen Paaren zulassen, aufgrund einer Transition einer Partner_in sichtbar und / oder körperlich gleichgeschlechtliche Paare verheiratet sein können.

²⁴¹ EGMR, Babiarz v. Polen, Application no. 1955/10, 10.1.2017.

²⁴² EGMR, V.K. v. Kroatien, Application no. 38380/08, 27.11.2012, Ziff. 99.

²⁴³ EGMR, Aresti Charalambous v. Zypern, Application no. 43151/04, 19.7.2007, Ziff. 56.

²⁴⁴ EGMR Plenum, F. v. Schweiz, 18.12.1987, Series A no. 128.

2.10.3. Recht auf Familiengründung

Zusätzlich zum Recht auf Eheschliessung schützt Art. 12 EMRK auch das Recht auf Familiengründung verheirateter Paare; explizit unzulässig wäre jedoch der Umkehrschluss, Reproduktionsfähigkeit für den Eheschluss vorauszusetzen.²⁴⁵ In den Schutzbereich von Art. 12 EMRK fällt nur die Familiengründung verheirateter Paare; in allen anderen Elternkonstellationen ist auf den Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) abzustützen.

In Bezug auf Art. 12 EMRK ist „Familiengründung“ in einem engen Sinn zu verstehen: Insbesondere kann daraus kein Recht auf Adoption abgeleitet werden.²⁴⁶ Das gesetzliche Verbot auch für Ehepaare, durch In-vitro-Fertilisation und mittels Eizellen- respektive Samenspende eine Schwangerschaft herbeizuführen, erachtete der Gerichtshof in einem Entscheid von 2011 als im Ermessensspielraum der Staaten liegend, also als zulässig. Die Frage wurde jedoch unter Art. 8 EMRK und nicht Art. 12 EMRK beurteilt sowie mit deutlichem Hinweis auf die sich verändernde Rechtslage in den Mitgliedstaaten und den wissenschaftlichen Fortschritt.²⁴⁷

2.10.4. Gleichberechtigung der Ehegatt_innen

Ergänzend zu Art. 12 und 14 EMRK verankert Art. 5 Zusatzprotokoll 7 (ZP 7)²⁴⁸ die Gleichberechtigung der Ehegatt_innen „[h]insichtlich der Eheschliessung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe“. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung „haben Ehegatten untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art.“ Eingeschränkt werden darf diese von den Staaten durch einen rechtlichen Rahmen zu gewährende Gleichberechtigung nur zum Wohl der Kinder (Art. 5 Satz 2 ZP 7).²⁴⁹ Der Ehebegriff in Art. 5 ZP 7 entspricht demjenigen von Art. 12 EMRK und beschränkt sich demnach auf die zivile Ehe zwischen Ehegatt_innen.²⁵⁰

2.11. Diskriminierungsverbot (Art. 14)

Eine Diskriminierung im Rechtssinn bedeutet eine Ungleichbehandlung von Gleichem respektive eine Gleichbehandlung von Ungleichem²⁵¹ in Anknüpfung an ein verpöntes persönliches Merkmal,

²⁴⁵ EGMR Grosse Kammer, Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich, Application no. 28957/95, 11.7.2002, ECHR 2002-VI.

²⁴⁶ EGMR, X. and Y. v. Vereinigtes Königreich, Application no. 7229/75, 15.12.1977.

²⁴⁷ EGMR Grosse Kammer, S.H. and Others v. Österreich, Application no. 57813/00, 3.11.2011, ECHR 2011.

²⁴⁸ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Strassburg am 22. November 1984, von der Bundesversammlung genehmigt am 20. März 1987, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 24. Februar 1988, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 1988, geändert durch das Protokoll Nr. 11 vom 11. Mai 1994, SR 0.101.07. Die Schweiz brachte folgenden Vorbehalt zu Art. 5 ZP 7 an: „Die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 5 des 7. Zusatzprotokolls nach Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches vom 5. Oktober 1984 erfolgt unter Vorbehalt einerseits der Regelung betreffend den Familiennamen (Art. 160 ZGB und Art. 8a SchIT ZGB) und andererseits der Regelung des Erwerbs des Bürgerrechtes (Art. 161, 134 Abs. 1, 149 Abs. 1 ZGB und Art. 8b SchIT ZGB). Artikel 5 findet weiter Anwendung unter Vorbehalt gewisser Übergangsbestimmungen des Ehegüterrechts (Art. 9, 9a, 9c, 9d, 9e, 10 und 10a SchIT ZGB).“

²⁴⁹ EGMR, Chepelev v. Russland, Application no. 58077/00, 26.7.2007, Ziff. 33 ff.; EGMR, Cernecki v. Österreich, Application no. 31061/96, 11.7.2000.

²⁵⁰ EGMR, Kajari v. Finnland, Application no. 65040/01, 23.10.2007.

²⁵¹ Als ungleich erachtete der Gerichtshof beispielsweise Trans- und Cismenschen (mit „cis“ werden, als Gegensatz zu trans, Menschen bezeichnet, bei denen das bei Geburt zugeschriebene Geschlecht mit der Geschlechtsidentität übereinstimmt) oder auch ein Frauenpaar im Vergleich mit verschiedengeschlechtlichen

ohne dass die Benachteiligung gerechtfertigt werden kann. Diskriminierung kann einerseits aus aktiven Handlungen resultieren, andererseits aber auch aus der Verletzung einer positiven Schutz- oder Gewährleistungspflicht eines anderen Freiheitsrechts oder des Diskriminierungsschutzes, demnach durch Untätigkeit.²⁵² Diskriminierungsabsicht setzt der Gerichtshof nicht voraus.²⁵³ Nicht als Diskriminierung gelten Fördermassnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen, sogenannte „affirmative action“.²⁵⁴

Gleich wie Art. 8 Abs. 2 der Schweizer Bundesverfassung (siehe Kap. III.2.2.2) listet auch Art. 14 EMRK in nicht abschliessender Weise („insbesondere“) die *persönlichen Merkmale* auf, aufgrund derer keine ungerechtfertigte Schlechterbehandlung zulässig ist, also die verpönten Merkmale: Geschlecht, Rassifizierung, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status.²⁵⁵ Weitere von der Rechtsprechung anerkannte persönliche Merkmale sind namentlich sexuelle Orientierung,²⁵⁶ Ehestatus,²⁵⁷ Wohnsitzstaat,²⁵⁸ psychische Verletzungen von Kindern aufgrund von sexueller Ausbeutung,²⁵⁹ Geschlechtsidentität²⁶⁰ und HIV-Infektion.²⁶¹

Das geforderte Mass der *Rechtfertigung* bestimmt sich in Abhängigkeit zu dem verpönten Anknüpfungsmerkmal und den Umständen des Einzelfalles: Kaum einer Rechtfertigung zugänglich sind Ungleichbehandlungen aufgrund von Geschlecht, besonders schwerwiegende Gründe verlangen Anknüpfungen an Merkmale wie sexuelle Orientierung, Nationalität, Hautfarbe, Religion, Geschlechtsidentität, Ehestatus, HIV-Infektion oder Geburt.²⁶²

Das Diskriminierungsverbot der EMRK kann, im Unterschied zu den bisher betrachteten Normen, nicht alleine angerufen werden respektive verletzt sein. Das heisst, das Diskriminierungsverbot bietet Schutz gegen die diskriminierende Vorenthaltung eines anderen Rechts der Konvention (sogenannte *akzessorische Bedeutung*). Dabei sind zwei Konstellationen möglich. Erstens kann das andere Recht in sich bereits verletzt sein und zusätzlich ein diskriminierendes Element hinzukommen. Der Gerichtshof betrachtet dann oft nur die Verletzung des selbständigen Rechts. Oder es

Paaren bezüglich des Eintrags der Co-Mutter in der Geburtsurkunde: EGMR Grosse Kammer, *Hämäläinen v. Finland*, Application no. 37359/09, 16.7.2014, ECHR 2014; EGMR, *Boeckel and Gessner-Boeckel v. Deutschland*, Application no. 8017/11, 7.5.2013, Ziff. 30 f.

²⁵² EGMR, *Posti and Rahko v. Finnland*, Application no. 27824/95, 24.9.2002, ECHR 2002-VII. Siehe auch EMRK Kommentar, SAUER, Art. 12 N 48.

²⁵³ EGMR, *Salgueiro de Silva Mouta v. Portugal*, Application no. 33290/96, 21.12.1999, Ziff. 36, ECHR 1999-IX.

²⁵⁴ EGMR Grosse Kammer, *D.H. and Others v. Tschechische Republik*, Application no. 57325/00, 13.11.2007, Ziff. 175, ECHR 2007-IV.

²⁵⁵ Siehe dazu auch JACOBS/WHITE/OVEY, S. 551; EMRK Kommentar, SAUER, Art. 12 N 28 f.

²⁵⁶ Statt vieler: EGMR Grosse Kammer, *Sutherland v. Vereinigtes Königreich (striking out)*, Application no. 25186/94, 27.3.2001; EGMR, *Bayev and Others v. Russland*, Applications nos. 67667/09 and 2 others, 20.6.2017.

²⁵⁷ EGMR, *McMichael v. Vereinigtes Königreich*, 24.2.1995, Series A no. 307-B.

²⁵⁸ EGMR Plenum, *Johnston and Others v. Irland*, 18.12.1986, Series A no. 112.

²⁵⁹ EGMR, *Stubbings and Others v. Vereinigtes Königreich*, 22.10.1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

²⁶⁰ EGMR, *Identoba and Others v. Georgien*, Application no. 73235/12, 12.5.2015.

²⁶¹ EGMR, *Kiyutin v. Russland*, Application no. 2700/10, 10.3.2011, Ziff. 56 f., ECHR 2011; EGMR, *I.B. v. Griechenland*, Application no. 552/10, 3.10.2013, ECHR 2013.

²⁶² Siehe dazu JACOBS/WHITE/OVEY, S. 561 f., m. w. H.

kann zweitens das andere Recht für sich alleine nicht verletzt sein, jedoch durch das diskriminierende Element eine Konventionsverletzung entstehen. Ist der Kern der Klage die Diskriminierung, kann auf die Einzelprüfung des selbständigen Rechts verzichtet werden.²⁶³

²⁶³ So zum Beispiel in EGMR, *Burghartz v. Schweiz*, 22.2.1994, Series A no. 280-B. Allenfalls wird auch beides geprüft. So in EGMR Plenum, *Marckx v. Belgien*, 13.6.1979, Series A no. 31; EGMR, *Bączkowski and Others v. Polen*, Application no. 1543/06, 3.5.2007.

III. BUNDESRECHT

Im folgenden Kapitel werden SRHR im innerstaatlichen Recht der Schweiz betrachtet. Zuerst werden einige allgemeine Ausführungen zur Geltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen gemacht (Kap. III.1), nachfolgend die Verankerung von SRHR in der Bundesverfassung (Kap. III.2) und durch die Bundesgesetze (Kap. III.3) beleuchtet.

1. Geltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in der Schweiz

In der Schweiz werden Staatsverträge mit der Ratifizierung direkt Bestandteil des innerstaatlichen Rechts. Als solches werden sie zu Normen, die gleich dem innerstaatlichen Recht zu beachten sind. Nach Art. 190 BV²⁶⁴ sind Bundesgesetze und Völkerrecht, das heisst auch menschenrechtliche Verpflichtungen aus ratifizierten Staatsverträgen, für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden explizit massgebend. Zur *Beachtung des Völkerrechts* verpflichtete sich die Schweiz zudem mit der Vertragsrechtskonvention, welche den Grundsatz verankert, dass (Staats-)Verträge einzuhalten sind (Art. 26 VRK,²⁶⁵ „pacta sunt servanda“). Verstösst ein Bundesgesetz gegen völkerrechtliche Verpflichtungen, so geht die völkerrechtliche Verpflichtung vor, und dem Bundesgesetz kann die Anwendung versagt werden (BGE 125 II 417 E. 4c ff. S. 424 ff.; 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.). Als Ausnahme davon gehen jedoch jüngere Bundesgesetze vor, die nach dem Willen des Gesetzgebers „bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten“ wollen (sogenannte „Schubert-Praxis“). Allerdings gehen – als Gegenausnahme – Menschenrechtsübereinkommen auch Bundesgesetzen vor. So verweigert das Bundesgericht namentlich denjenigen Bestimmungen in Bundesgesetzen, welche die EMRK verletzen, die Anwendung (BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39).

Verfassungsänderungen und damit auch Volksinitiativen sind soweit zulässig, als sie mit dem zwingenden Völkerrecht vereinbar sind (Art. 139 Abs. 3 BV, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV). Zwingendes Völkerrecht meint einen engen Kern zentraler Menschenrechte – insbesondere das Verbot der Folter, der Sklaverei und des Völkermordes. Verfassungsnormen, die nicht zwingenden völkerrechtlichen Verpflichtungen entgegenstehen, setzen jedoch die Pflicht zur Vertragseinhaltung nicht aus. Enthält im Resultat die Bundesverfassung eine menschenrechtswidrige Bestimmung, so wird diese nicht angewendet (BGE 139 I 16 E. 5.2.3 f. S. 30 f.).²⁶⁶

Bezüglich der Geltung der völkerrechtlich verbrieften Menschenrechte in der Schweiz stellt sich des Weiteren die Frage, inwieweit sich Einzelpersonen vor Schweizer Gerichten direkt darauf berufen können (Justiziabilität). Die *Justiziabilität* einer Norm beurteilt sich anhand der folgenden drei Bedingungen: Erstens muss die Norm Rechte und Pflichten Privater verankern, zweitens muss sie hinreichend klar und bestimmt sein zur Entscheidung eines Einzelfalles, und drittens muss sie sich an die rechtsanwendenden Behörden, nicht an den Gesetzgeber, richten.

Grundsätzlich direkt vor Schweizer Gerichten angerufen werden können die materiellen Bestimmungen der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle sowie die im UNO-Pakt II verbrieften Rechte. Bezüglich der direkten Anwendbarkeit der übrigen Staatsverträge gehen die Meinungen hingegen

²⁶⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

²⁶⁵ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969, von der Bundesversammlung genehmigt am 15. Dezember 1989, Schweizerische Beitrittsurkunde hinterlegt am 7. Mai 1990, in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990, SR 0.111.

²⁶⁶ KIENER/KÄLIN, S. 20 ff.

auseinander. Namentlich die Frauenrechtskonvention (CEDAW) hält das Bundesgericht für mehrheitlich²⁶⁷ nicht direkt anwendbar, was jedoch von der Lehre und auch dem CEDAW Committee kritisiert wird.²⁶⁸ In innerstaatlichen Verfahren ist das Berufen auf die CEDAW und andere Staatsverträge dennoch möglich, und um ein Individualbeschwerdeverfahren (siehe Kap. II.1.2.4) anhängig zu machen auch notwendig.

Stellte der EGMR in einem endgültigen Urteil fest, dass die Schweiz die Europäische Menschenrechtskonvention oder die Zusatzprotokolle verletzte, dass eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen und dass ein erneuter Entscheid des Bundesgerichts notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen, so kann vor dem Bundesgericht die Revision des letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheides verlangt werden (Art. 122 BGG²⁶⁹). Durch die Mittel der Beschwerde an den EGMR und der Revision im Einzelfallverfahren können Urteile des EGMR damit direkte Wirkung für eine Einzelperson entfalten. Einen vergleichbaren direkten Wirkmechanismus im Einzelfall kennt der Menschenrechtsschutz der Vereinten Nationen nicht.

²⁶⁷ Die Anwendbarkeit kann zwischen einzelnen Garantien desselben Staatsvertrages differieren.

²⁶⁸ KIENER/KÄLIN, S. 13; 18. Die Zulässigkeit von Beschwerden an das Bundesgericht wegen Verletzung von Völkerrecht verankert Art. 189 Abs. 1 lit. b BV explizit.

²⁶⁹ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

2. Bundesverfassung

2.1. Einleitung

Innerhalb der verschiedenen Normen des Landesrechts nimmt die Verfassung den höchsten Rang ein. Ihr untergeordnet sind im Recht des Bundes die Bundesgesetze und Verordnungen (siehe Kap. III.3.1). Eine Eigenart des Schweizer Rechts ist jedoch, dass diese *Normhierarchie* nicht absolut gilt: Bundesgesetze kommen auch dann zur Anwendung, wenn sie der Verfassung widersprechen (Art. 190 BV). Ob ein Bundesgesetz verfassungswidrig ist oder nicht, kann gerichtlich überprüft werden; die Feststellung der Verfassungswidrigkeit hindert jedoch nicht seine Anwendung. Stellt das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes fest, so kann es begleitend dazu „den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern“ (BGE 136 II 120 E. 3.5.1 S. 130; siehe aber vorstehend Kap. III.1 zum Vorrang der EMRK und anderer Menschenrechtsübereinkommen).

Die Bundesverfassung sowie Änderungen daran müssen zwingend Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt werden und dabei sowohl das Volks- als auch das Ständemehr erreichen. *Verfassungsänderungen* anregen können das Parlament und der Bundesrat. Ebenso kann eine Total- oder eine Teilrevision der Bundesverfassung mittels Volksinitiative verlangt werden. Hierfür bedarf es der Unterschrift von 100 000 Stimmberechtigten innert 18 Monaten seit der amtlichen Veröffentlichung der Initiative (Art. 138 ff. BV). Mit dem Instrument der Volksinitiative kann nur eine Verfassungsrevision verlangt werden; die Möglichkeit der Volksinitiative zu Bundesgesetzen besteht nicht.²⁷⁰

Im Folgenden werden hauptsächlich zwei der in der Bundesverfassung geregelten Bereiche jeweils mit Bezug auf SRHR näher beleuchtet: die Grundrechte, unter Einbezug der Sozialziele (Kap. III.2.2 f.), sowie die Kompetenznormen, welche die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen regeln (Kap. III.2.4).

2.2. Grundrechte

2.2.1. Einleitung

Der Grundrechtskatalog der Schweizer Bundesverfassung nimmt einen vergleichbaren Auftrag wahr wie die EMRK und der Menschenrechtskanon der UN: elementare Rechte der Person²⁷¹ gegenüber dem Staat zu schützen. Durch die *völkerrechtlichen Verpflichtungen* wird ein Minimalstandard gelegt. Der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung verbietet jedoch nicht alle international und regional verankerten Menschenrechte. Umgekehrt enthält die Verfassung aber auch Grundrechtsgarantien, welche darüber hinausgehen. Bei Abweichungen gilt das Günstigkeitsprinzip, das heisst, die weitere und damit günstigere Norm kommt zur Anwendung (Art. 5 Ziff. 1 UNO-Pakt II; Art. 53 EMRK).

²⁷⁰ Das Instrument der Gesetzesinitiative war in der Volksabstimmung vom 9.2.2003 angenommen worden, jedoch in der Volksabstimmung vom 27.9.2009 wieder aufgehoben (Art. 139a BV).

²⁷¹ Im Vordergrund steht der Schutz natürlicher Personen. Auf vereinzelte Grundrechte können sich jedoch auch juristische Personen berufen.

An die Grundrechte gebunden sind gemäss Art. 35 BV sämtliche *staatlichen Organe* sowie Private, die staatliche Aufgaben übernehmen (beispielsweise die Krankenversicherungen im Bereich der Grundversicherung). Für alle übrigen Privaten ergeben sich jedoch – mit Ausnahme der Lohn- gleichheit in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, der direkt auch für Private gilt (sogenannte unmittelbare Drittwirkung) – keine Verpflichtungen aus den verfassungsmässigen Grundrechten. Das Verhältnis zwischen Privaten unterliegt vielmehr dem Zivilrecht.

Verletzt eine staatliche Aufgabenträger_in ein Grundrecht, so kann die betroffene Grundrechtsträger_in diese Verletzung vor einem Gericht einklagen. Das heisst, Grundrechte sind *justiziabel*.

Grundrechtsverletzungen sind von zulässigen *Grundrechtseinschränkungen* zu unterscheiden. Nach Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Freiheitsrechten einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Gar nicht eingeschränkt werden darf der sogenannte Kerngehalt, der elementarste Bereich des jeweiligen Grundrechts. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so liegt nicht eine unzulässige Grundrechtsverletzung, sondern eine zulässige Einschränkung vor.

2.2.2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV)

Art. 8 der Bundesverfassung umfasst ein Gleichbehandlungsgebot (Abs. 1), ein allgemeines Diskriminierungsverbot (Abs. 2), ein spezifisches Geschlechterdiskriminierungsverbot sowie spezielle Aufträge zur Gleichstellung von Mann und Frau (Abs. 3) respektive zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung (Abs. 4).

Im Folgenden wird nur das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV näher betrachtet.²⁷² Rechtlich wird unter *Diskriminierung* die ungleiche Behandlung von Gleichem oder die gleiche Behandlung von Ungleichem unter Anknüpfung an ein unzulässiges Unterscheidungsmerkmal und ohne dass sich die Unterscheidung sachlich rechtfertigen lässt verstanden. Ob Diskriminierungsabsicht vorliegt oder nicht, ist dabei nicht von Belang (BGE 129 I 217 E. 2).

Im Unterschied zu den Diskriminierungsverboten in Art. 14 EMRK (ausführlicher dazu Kap. II.2.11) sowie in Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 UNO-Pakt I, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 UNO-Pakt II und Art. 2 UN-KRK ist Art. 8 BV *nicht akzessorisch*.²⁷³ Das heisst, das Recht, nicht diskriminiert zu werden, kann geltend gemacht werden, unabhängig davon, ob (auch) ein anderes Grundrecht tangiert ist oder nicht.

Zu unterscheiden ist, ob eine diskriminierende Handlung von einer *staatlichen oder von einer privaten Akteur_in* ausgeht. Während Art. 8 Abs. 2 BV umfassend gegen staatliche Diskriminierung schützt, bietet das Schweizer Recht nur in wenigen Bereichen die Möglichkeit, sich effektiv gegen Diskriminierungen durch Private zu wehren. Das schweizerische Recht stellt lediglich bei Diskriminierungen durch Private aufgrund des Geschlechts im Arbeitsleben (Gleichstellungsgesetz²⁷⁴), auf-

²⁷² Eingehender zum Schutz vor Diskriminierung beispielsweise NAGUIB et al.; Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“, <<https://www.skmr.ch>> Themenbereiche > Geschlechterpolitik > Publikationen (besucht: 11.7.2016).

²⁷³ Nach BSK BV, WALDMANN, Art. 8 N 10.

²⁷⁴ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995, SR 151.1.

grund von Behinderung in der sozialen Teilhabe, Bildung und Erwerbstätigkeit (Behindertengleichstellungsgesetz²⁷⁵) sowie in der Form rassistischer Äusserungen beziehungsweise Gewalt (Art. 261^{bis} StGB²⁷⁶) spezielle rechtliche Instrumente zur Verfügung.

Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV listet verschiedene *persönliche Merkmale* auf, wegen denen niemand diskriminiert werden darf: Herkunft, Rassifizierung, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung, körperliche, geistige oder psychische Behinderung. Diese Liste ist, wie diejenigen in den internationalen Menschenrechtsverträgen, explizit nicht abschliessend zu verstehen („namentlich“). Weitere verpönte Merkmale haben sich an der folgenden Definition des Bundesgerichts zu orientieren (BGE 135 I 49 E. 4.1 S. 53): „Eine Diskriminierung liegt 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 behandelt 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 (...)“.²⁷⁷ Insbesondere verboten ist also beispielsweise auch die Diskriminierung aufgrund der nicht heterosexuellen Orientierung,²⁷⁸ der nicht Cis-Geschlechtsidentität, eines positiven HIV-Status oder von Schwangerschaft.

Nebst der direkten Diskriminierung, dem direkten Anknüpfen an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal, ist auch die *indirekte Diskriminierung* untersagt. Indirekte Diskriminierung umschreibt das Bundesgericht wie folgt (BGE 135 I 49 E. 4.1 S. 54): „Eine indirekte oder mittelbare Diskriminierung liegt demgegenüber vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (...)“. Direkt diskriminierend wäre es beispielsweise, nur Schülerinnen, nicht aber Schülern Sexualkundeunterricht zu erteilen. Eine indirekte Diskriminierung hingegen liegt vor, wenn zwar nicht direkt an das Geschlecht angeknüpft wird, aber beispielsweise für eine Anstellung im Staatsdienst eine Erwerbsbiographie ohne mehrmonatigen Unterbruch, zu dem insbesondere eine Niederkunft führt, erwartet wird.

Lässt sich die Unterscheidung (qualifiziert) sachlich *rechtfertigen*, so liegt keine rechtsrelevante Diskriminierung vor. Eine Rechtfertigung setzt laut Bundesgericht voraus, dass die Unterscheidung „ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse verfolgt, zur Erreichung dieses Interesses geeignet und erforderlich ist und sich gesamthaft als verhältnismässig erweist (...)“. Die Hürde für die Rechtfertigung einer unter Art. 8 Abs. 2 BV fallenden Unterscheidung liegt je nach dem verwendeten verpönten Merkmal höher oder tiefer (...)“ (BGE 138 I 217 E. 3.3.5 S. 222). WALDMANN erstellt hierzu die folgende Hierarchie der Merkmale: Kaum zulässig sind Differenzierungen nach „sozial zugeschriebenen Eigenschaften“ wie Rassifizierung oder Herkunft; erhöht begründungspflichtig

²⁷⁵ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3.

²⁷⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

²⁷⁷ Siehe dazu auch BSK BV, WALDMANN, Art. 8 N 50 ff.

²⁷⁸ Expliziten Schutz gegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bieten die Kantonsverfassungen des Kantons Zürich (Art. 11 Abs. 2); die Verfassung des Kantons Basel-Stadt (§ 8 Abs. 2) und die neue Verfassung des Kantons Genf (Art. 15).

sind Differenzierungen nach grundrechtsgeschützten Identitätsmerkmalen wie sexuelle Orientierung oder Lebensform; zulässig oder gar erforderlich können Differenzierungen „für im Ansatz biologisch bedingte Eigenschaften und Veranlagungen“ sein.²⁷⁹ Beispiele solcher Eigenschaften und Veranlagungen sind Behinderung, (chronische) Krankheit oder (junges wie hohes) Alter. Um tatsächliche, und nicht nur formale, Gleichbehandlung zu erreichen, können im Ansatz biologisch bedingte Eigenschaften und Veranlagungen eine unterschiedliche Behandlung notwendig machen. Zu denken ist beispielsweise an den Beizug einer Gebärdendolmetscher_in, Informationsmaterial in leichter Sprache oder besondere Schutznormen für Kinder und Jugendliche. Der Massstab zur Prüfung, ob eine Gleichbehandlung, die zu materieller Benachteiligung führt, gerechtfertigt oder diskriminierend ist, hängt „von dem jeweils betroffenen Merkmal einerseits sowie dem sachlichen Kontext andererseits ab“.²⁸⁰

2.2.3. Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV)

Der Grundrechtsartikel Art. 10 BV umfasst das Recht auf Leben und das Verbot der Todesstrafe (Abs. 1), das Recht auf persönliche Freiheit, inklusive körperliche und geistige Unversehrtheit (Abs. 2), sowie das Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (Abs. 3, dazu Kap. II.2.4).

A. Recht auf Leben

Das Recht auf Leben schützt den lebend geborenen Menschen ab vollendeter Geburt. Ob das Recht auf Leben auch Ungeborenen zukommen soll, ist in der Literatur hingegen umstritten. Die Bundesverfassung selbst gibt darauf keine klare Antwort²⁸¹ und auch das Bundesgericht äusserte sich bisher erst am Rande, in einem sogenannten obiter dictum, dazu. Demnach sei Forschung an Embryonen und Föten „mit der Würde des Menschen, welche schon dem Embryo in vitro zukommt, durchaus vereinbar“ (BGE 119 Ia 460 E. 12e S. 503); ein Hinweis in die Richtung, dass das Bundesgericht Embryonen und Föten eher nicht als Träger des Grundrechts auf Leben qualifizieren würde. Strittig ist insbesondere, ob die Interessen des Embryos als seine eigenen Interessen zu schützen sind, was eher für ein vorgeburtliches Recht auf Leben spräche, oder ob die Interessen Teil des breiteren öffentlichen Interesses sind. Nicht vom Recht auf Leben erfasst werden „die Handlungsweisen, die zum Zustand des Lebendigseins hinführen (Zeugung, Geborenwerden)“.²⁸²

B. Verbot der Todesstrafe

Das Verbot der Todesstrafe untersagt dem Staat nicht nur die Tötung eines Menschen als Strafe, sondern beinhaltet beispielsweise auch ein Ausweisungsverbot von Homo- und Bisexuellen in Staaten, in denen gleichgeschlechtliche sexuelle Kontakte²⁸³ mit dem Tode bestraft werden.

²⁷⁹ BSK BV, WALDMANN, Art. 8 N 87, m. w. H.

²⁸⁰ WALDMANN, S. 736.

²⁸¹ Eingehend dazu: RÜTSCHKE, S. 230 ff., m. w. H. auf unterschiedliche Lehrmeinungen. Siehe auch MÜLLER/SCHERER, S. 46 f.

²⁸² BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 9 ff.

²⁸³ Für eine präzisere Darstellung, welches Verhalten in welchem Staat pönalisiert wird, siehe International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA).

C. Recht auf persönliche Freiheit

Das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) weist vier Teilgehalte auf: Die persönliche Freiheit im engeren Sinn als Recht auf selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung, die körperliche und die geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit. Die folgenden Ausführungen fokussieren auf die selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit und die Unversehrtheit.

Das Recht auf persönliche Freiheit schützt (nur) elementare Erscheinungen der *Persönlichkeitsentfaltung*, nicht aber eine allgemeine Handlungsfreiheit.²⁸⁴ Geschützt durch Art. 10 Abs. 2 BV werden „besonders persönlichkeitsnahe Grundentscheidungen des Lebens und Sterbens“ sowie „alle Verhaltensweisen, die direkt den eigenen Körper oder die eigene Identität betreffen“.²⁸⁵ Dazu gehören so unterschiedliche Aspekte der Lebensgestaltung wie Ernährung und Genussmittel, Kleidung, Tätowierung, Piercing, ästhetische Eingriffe, medizinische Behandlung wie Medikation oder Spende oder Erhalt von Organen oder Blut, Schwangerschaftsabbruch, Kinderwunsch und die eigene Reproduktion in all ihren Formen,²⁸⁶ das Leben entsprechend der eigenen Geschlechtsidentität, unabhängig einer körperlichen Angleichung, Abstammungskennntnis²⁸⁷ oder das Leben der selbstgewählten Sexualität und sexuellen Orientierung.²⁸⁸ Insbesondere steht es gemäss dem Bundesgericht „ausser Zweifel, dass etwa eine staatliche Geburtenregelung und entsprechende Zwangsmassnahmen, mit denen die Zeugung von Kindern eingeschränkt würde, das Grundrecht der persönlichen Freiheit berühren würden“ (BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 246). Fallen Entscheidungen und Lebensweisen in diesen Bereich der Selbstbestimmung, so müssen sich staatliche Eingriffe nach Art. 36 BV rechtfertigen lassen, das heisst, sie müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein (siehe Kap. III.2.1).

Besonders hervorgehoben durch den Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 BV wird der Schutz der *körperlichen und der geistigen Unversehrtheit*. Mit der körperlichen Unversehrtheit wird der „Körper vor jeglicher Veränderung oder sonstigen Einwirkungen, sogar vor jeder Berührung“ geschützt,²⁸⁹ mit der geistigen Unversehrtheit der „Zustand der Willens- und Entscheidungsfreiheit des Individuums, nicht aber der Inhalt der in diesem Zustand getroffenen Entscheidungen“.²⁹⁰

In den Schutzbereich der körperlichen Unversehrtheit greifen auch fehlerfrei durchgeführte ärztliche Heileingriffe ein, jedoch rechtfertigt die Einwilligung der betroffenen Person diese in aller Regel (siehe auch Kap. III.3.2.1). Werden medizinische Eingriffe in einer staatlichen Einrichtung durchgeführt, beispielsweise einem öffentlichen Krankenhaus, so ist die körperliche Unversehrtheit durch das Krankenhaus beziehungsweise dessen Personal zu achten. Erfolgt die medizinische Behandlung hingegen durch Private, beispielsweise in einer privaten Arztpraxis, so schützt der

²⁸⁴ BGE 118 Ia 427 E. 4b S. 434. BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 32; siehe auch MÜLLER/SCHEFER, S. 41 f. (m. H. auf bundesgerichtliche Rechtsprechung), 138 ff.; SGK BV, SCHWEIZER, Art. 10 N 5.

²⁸⁵ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 35, 37.

²⁸⁶ Ausführlich zum verfassungsrechtlichen Schutz des Kinderwunsches: KUHN. Zum Kinderwunsch als „elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung“ auch BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 247.

²⁸⁷ Das Bundesgericht gesteht dem Erwachsenen stets das Recht auf Abstammungskennntnis zu, dem Minderjährigen hingegen nur, wenn kein entgegenstehendes Interesse als überwiegend gewertet wird. BGE 128 I 63 E. 5; BGE 134 III 241; Urteil des Bundesgerichts 5A_128/2009 vom 22.6.2009 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_593/2011 vom 10.2.2012 E. 3.1; COTTIER/WYTENBACH, S. 94 ff.

²⁸⁸ Für einen Überblick über die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützten Lebensbereiche respektive Verhaltensweisen siehe BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 35 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S.138 ff.; SGK BV, SCHWEIZER, Art. 10 N 17 ff.

²⁸⁹ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 51.

²⁹⁰ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 53.

Staat die körperliche Unversehrtheit indirekter, durch die Erfüllung seiner Schutz- und Gewährleistungspflichten. Hierzu im Vordergrund steht die Regulierung der universitären Ausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Fortbildung sowie der Berufsausübung der Fachpersonen im Bereich der Humanmedizin, der Zahnmedizin, der Chiropraktik, der Pharmazie und der Veterinärmedizin durch das MedBG, insbesondere die Bewilligungspflicht nach Art. 34 MedBG.

Willigt eine Person informiert und freiwillig in einen medizinischen Eingriff ein, so verzichtet sie in diesem Umfang auf den ihr zustehenden Schutz der körperlichen Unversehrtheit (zur Einwilligung siehe Kap. III.3.2.1.A). Wird ein medizinischer Eingriff hingegen unter Zwang oder ohne Wissen beziehungsweise Einwilligung vorgenommen, so muss dieser Grundrechtseingriff nach Art. 36 BV gerechtfertigt werden können (siehe Kap. III.2.2.1). Das Bundesgericht (BGE 127 I 6 E. 5 S. 10) stufte eine medikamentöse Zwangsbehandlung als schweren Eingriff in die körperliche und geistige Integrität und in die Menschenwürde (Art. 7 BV) ein. Ein solcher Eingriff bedarf „einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz und muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt sein und sich als verhältnismässig erweisen; schliesslich darf der Kerngehalt des Grundrechts nicht angetastet werden“.²⁹¹ Die Voraussetzungen zur Rechtfertigung leichterer unfreiwilliger Eingriffe in die körperliche Integrität, wie etwa eine Blut- oder Speichelentnahme, sind dieselben, die Anforderungen sind jedoch tiefer.

Keiner Rechtfertigung zugänglich ist der Kerngehalt des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Bezogen auf SRHR steht dabei die absolute Unzulässigkeit von Zwangssterilisation, des erzwungenen Schwangerschaftsabbruchs,²⁹² der erzwungenen Fortpflanzung und erzwungenen sexuellen Handlungen im Vordergrund.

2.2.4. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)

Art. 11 Abs. 1 BV verankert, so die Norm im Wortlaut, den Anspruch von „Kinder[n] und Jugendliche[n] (...) auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung“. Diese Norm verankert die Maxime des Kindeswohles und die weiteren durch die UN-Kinderrechtskonvention garantierten Rechte auf Ebene der Schweizer Bundesverfassung (BGE 132 III 359 S. 373; 141 III 328 E. 5.4 S. 340). Der Anspruch auf besonderen Schutz und auf Förderung steht allen Kindern ab lebender Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres zu.²⁹³

Mit Art. 11 Abs. 1 BV wird ein *justiziable*²⁹⁴ *Mindestanspruch* auf Schutz und Förderung von Minderjährigen statuiert. Primär ergibt sich daraus ein Recht auf eine alterssensible Gewährung der Grundrechte²⁹⁵ und der „Handhabung von Gesetzen“, mithin die Beachtung des besonderen Schutz- und Förderungsbedarfs, den Kinder und Jugendliche aufgrund ihres Alters im Vergleich zu Erwachsenen haben.²⁹⁶ Wie dieser Mindestanspruch genau umgesetzt wird, lässt die Norm offen.

²⁹¹ BGE 130 I 16 E. 3 S. 18, insbesondere eingehend zur Verhältnismässigkeitsprüfung. Siehe auch BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 10 N 55 ff.; MÜLLER/SCHERER, S. 79 ff.

²⁹² Siehe BGE 132 III 359 E. 4.3.2 S. 371.

²⁹³ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 11 N 5 ff.

²⁹⁴ Dazu BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 11 N 11, m. w. H.

²⁹⁵ Das jeweilige Verhältnis zu den anderen Grundrechten ist differenziert zu betrachten. So kann der Schutzanspruch nach Art. 11 BV im Recht des Kindes auf Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) aufgehen. In Bezug auf Förderung als schulische Bildung muss kaum auf Art. 11 BV zurückgegriffen werden, der Leistungsanspruch auf Grundschulunterricht ergibt sich spezifischer aus dem nachstehend erläuterten Art. 19 BV.

²⁹⁶ BGE 126 II 377 E. 5d S. 391; 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373 m. w. H.

Der Staat ist zudem durch Art. 11 Abs. 1 BV verpflichtet, insbesondere die körperliche und seelische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen auch vor *Verletzungen durch die Eltern*, beispielsweise vor sexueller Ausbeutung oder vor medizinisch nicht indizierten Eingriffen, wirksam zu schützen. Umstritten ist, ob religiös motivierte Knabenbeschneidungen (ohne aufgeklärte Einwilligung des Knaben selbst) an staatlichen Krankenhäusern diese Pflicht verletzen oder nicht;²⁹⁷ das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht zu dieser Frage geäußert. Beschneidungen durch Private sind hingegen aus der Perspektive grundrechtlicher Schutzpflichten zu beurteilen (vergleiche körperliche Unversehrtheit, Art. 10 Abs. 2 BV, siehe Kap. III.2.2.3.C).

Art. 11 BV auferlegt dem Staat auch die Sorge dafür, dass Kinder nicht von ihren Eltern getrennt aufwachsen müssen – es sei denn, die elterliche Erziehung schade dem Kind in einer Weise, dass die Trennung im Kindeswohl liegt.²⁹⁸

Absatz 2 von Art. 11 BV verankert das Recht des Kindes auf *Ausübungsfreiheit der eigenen Rechte*. Demnach üben Minderjährige ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst aus. Urteilsfähigkeit meint die Fähigkeit zur informationsbasierten Bildung eines eigenen Willens und die Fähigkeit, entsprechend zu handeln. Diese Fähigkeiten sind stets in Bezug auf eine bestimmte Fragestellung, also relativ, zu beurteilen.²⁹⁹ Die Ausübungsfreiheit urteilsfähiger Minderjähriger umfasst insbesondere auch ihre eigene Zustimmung zu medizinischen Eingriffen (siehe Kap. III.3.2.1). So kann beispielsweise ein kleineres Kind durchaus bereits selbst entscheiden, ob es für eine Blutentnahme in einen Finger der linken oder der rechten Hand gestochen werden möchte, während es hinsichtlich einer Behandlung, die in seine späteren Reproduktionsmöglichkeiten eingreift, noch kaum urteilsfähig sein wird. Nach Auffassung von TSCHENTSCHER wird dieses verfassungsmässige Autonomie-Recht der Minderjährigen jedoch unterlaufen, wenn zu einem Behandlungsvertrag die Zustimmung der Eltern eingefordert wird.³⁰⁰

Speziell im Bereich der sexuellen Gesundheit und Rechte zu erwähnen ist die Klage, die „*Love life*“ *Kampagne* verletze den verfassungsmässigen Schutz von Kindern und Jugendlichen. Gestützt auf Art. 11 BV versuchten 35 Minderjährige unterschiedlichen Alters gegen diese Kampagne des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) Beschwerde einzureichen.³⁰¹ Das Bundesverwaltungsgericht verneinte jedoch ihr (individuelles) Rechtsschutzinteresse und damit die Legitimation zur Beschwerde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5250/2014 vom 25. April 2016 E. 7.7). Nebst anderen Erwägungen kam das Gericht insbesondere zum Schluss, dass „[d]ie behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Folge der Konfrontation mit der ‘Love Life’ Kampagne (...) unbestimmter Natur und zudem nicht ausreichend wahrscheinlich“ seien.

²⁹⁷ Siehe beispielsweise BELSER; BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 11 N 14; HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS; SCHWANDER, Knabenbeschneidung; THOMMEN, S. 96 ff.; ZAUGG; von einem Teil der Autor_innen wird die Zulässigkeit beschränkt auf die religiös motivierte, frühkindliche Beschneidung bejaht.

²⁹⁸ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 11 N 19.

²⁹⁹ Art. 16 ZGB definiert Urteilsfähigkeit negativ: „Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.“

³⁰⁰ BSK BV, TSCHENTSCHER, Art. 11 N 40.

³⁰¹ <<http://www.bag.admin.ch>> Service > Kampagnen > HIV-/STI-Präventionskampagne - LOVE LIFE (besucht: 17.7.2017).

2.2.5. Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

A. Allgemeines zum Recht auf Hilfe in Notlagen

Die Verfassung garantiert jedem Menschen, der sich im schweizerischen Hoheitsgebiet aufhält,³⁰² voraussetzungslos eine minimale Hilfe in Notlagen. Das Bundesgericht definierte dieses Minimum wie folgt (BGE 131 I 166 E. 3.1 S. 172): „Nach Art. 12 BV hat, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Dieses Grundrecht garantiert nicht ein Mindesteinkommen; verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag (...). Der Anspruch umfasst einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel (in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung), um überleben zu können (...).“ Auf die Nothilfe besteht entsprechend ein Anspruch; obschon ein soziales Grundrecht, begründet Art. 12 BV somit einen einklagbaren Anspruch gegenüber dem Staat.

Die staatliche Nothilfe setzt voraus, dass die Person „nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen“, und greift demnach nur subsidiär zur Selbsthilfe. Subsidiär ausgerichtet wird Nothilfe zudem zu Sozialversicherungsleistungen und zur Sozialhilfe. Nur Nothilfe erhalten beispielsweise Asylsuchende mit Wegweisungsentscheid.³⁰³

B. Hilfe in Notlagen bezüglich SRHR

Das Grundrecht auf Existenzsicherung gewährleistet in Bezug auf SRHR, so AMSTUTZ, einer bedürftigen Person insbesondere auch die Möglichkeit des kostenlosen Eheschlusses³⁰⁴ und die „Übernahme von Kosten familiärer Kommunikation (zum Beispiel via Telefon, Briefpost), soweit diese unerlässlich ist, um überhaupt noch in zumindest minimalem Umfang eine «tatsächlich gelebte Beziehung» aufrecht zu erhalten.“³⁰⁵ Gegenüber Schwangeren sind in der Bemessung des Unterstützungsumfanges „den besonderen, erhöhten Ernährungserfordernissen“ sowie den Aufwendungen für Schwangerschafts- und Säuglingskleidung Rechnung zu tragen.³⁰⁶

Gleichermassen orientiert sich auch die medizinische Notversorgung an der individuellen Situation der bedürftigen Person. „Unterste Grenze bildet aber jedenfalls die Menschenwürde, d.h. insbesondere dass die Leistungen als solche stets die physische Integrität (...) zu respektieren haben“ (BGE 131 I 166 E. 8.2 S. 182 f.).³⁰⁷ Dazu gehört nach Auffassung von AMSTUTZ auch die „Vergütung von Kosten für Verhütungsmittel in einem allgemein üblichen Ausmass“ und nach der eigenen freien Wahl.³⁰⁸ Wird einer schwangeren Person ein strafrechtlich zulässiger Schwangerschaftsabbruch ohne Nothilfe verunmöglicht (zum Beispiel bei Sans-Papiers ohne Krankenversicherung), so kann darin eine Verletzung ihrer Menschenwürde gesehen werden, womit auch ein Verstoss gegen

³⁰² BSK BV, GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 15.

³⁰³ BGE 131 I 166; BSK BV, GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 9.

³⁰⁴ AMSTUTZ, S. 277.

³⁰⁵ AMSTUTZ, S. 273, m. w. H.

³⁰⁶ AMSTUTZ, S. 188, 208.

³⁰⁷ Zum Verhältnis zu Art. 12 UNO-Pakt I: BSK BV, GÄCHTER/WERDER, Art. 12 N 12.

³⁰⁸ AMSTUTZ, S. 279.

Art. 12 BV vorliegt. Die Literatur vertritt hierzu jedoch keine einheitliche Meinung.³⁰⁹ Der freie Entsch eid darüber, eine Schwangerschaft im gesetzlich zulässigen Rahmen abzubrechen („Fristenregelung“, siehe Kap. III.3.5.3) oder fortzuführen, ist jedoch existenziell mit der Person und deren zukünftigen Lebensgestaltung verbunden. Daher erscheint es gerechtfertigt, die Kostenvergütung nicht nur als Teil der grundversicherungsrechtlichen Leistung, sondern auch als Teil der Hilfe in Notlagen anzuerkennen.³¹⁰ Dies unabhängig davon, ob eine Gefährdung des Lebens oder der körperlichen und psychischen Gesundheit der schwangeren Person vorliegt.

2.2.6. Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)

Art. 13 Abs. 1 BV räumt jeder Person einen „Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs“ ein. Relevant im Kontext von SRHR sind die zwei Teilgehalte einerseits des Privatlebens und der Privatsphäre und andererseits des Familienlebens, worauf entsprechend die folgenden Ausführungen fokussieren.

A. Achtung des Privatlebens und der Privatsphäre

Der Schutzbereich des Privatlebens und der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 1 BV lässt sich schwer in einer abstrakten Formel fassen und wird vor allem durch die Rechtsprechung konturiert. Dabei wird nebst der innerstaatlichen Rechtsprechung auch diejenige des EGMR beigezogen, weil sich deren Schutzbereiche decken.³¹¹ Entsprechend kann auf die obenstehenden Ausführungen zu Art. 8 EMRK (Kap. II.2.7) verwiesen werden.

B. Achtung des Familienlebens

Auch der Begriff des nach Art. 13 Abs. 1 BV geschützten Familienlebens ist dem des EGMR vergleichbar. Anders als der EGMR jedoch anerkennt das Bundesgericht kein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Achtung ihres Familienlebens; diese geniessen nur den Schutz des Rechts auf Privatleben.³¹²

2.2.7. Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV)

Nach Art. 14 BV ist „[d]as Recht auf Ehe und Familie (...) gewährleistet.“ Geschützt werden der Eheschluss und die Familiengründung; das nachfolgende Ehe- und Familienleben hingegen unterliegt Art. 13 Abs. 1 BV.³¹³

A. Ehebegriff

Das Recht auf Ehe und Familie steht allen natürlichen, volljährigen und damit heiratsfähigen Personen zu, unabhängig ihres Aufenthaltsstatus oder auch eines Freiheitsentzugs.³¹⁴ Begrenzt ist

³⁰⁹ MAHLMANN, S. 1307, 1311. Siehe auch HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch, S. 16, eine Verletzung der Menschenwürde nur in Ausnahmefällen bejahend; SGK BV, SCHWEIZER, Art. 10 N 21.

³¹⁰ Siehe auch NEK, Abtreibungsfinanzierung. AMSTUTZ, S. 279, lässt die Frage, ob die Kostenübernahme für einen Schwangerschaftsabbruch Teil der Hilfe in Notlage sei, explizit offen.

³¹¹ BSK BV, DIGGELMAN, Art. 13 N 5; SGK BV, BREITENMOSER, Art. 13 N 2 ff.

³¹² BSK BV, DIGGELMAN, Art. 13 N 18. BGE 126 II 425 E. 4c. Zum Familienbegriff von Art. 13 BV mit diversen Literaturhinweisen: COTTIER/WYTTENBACH, S. 76.

³¹³ BSK BV, DIGGELMAN, Art. 13 N 10.

³¹⁴ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 17, 10.

nach Ansicht des Bundesgerichts hingegen der Personenkreis, mit dem eine Ehe geschlossen werden kann. Denn: „Unter einer Ehe versteht der Verfassungsgeber nach heute vorherrschender Interpretation die nach freiem Willen eingegangene Verbindung von Mann und Frau zu einer lebenslänglichen Gemeinschaft.“³¹⁵

Diese Begrenzung der Ehe auf genau zwei Personen,³¹⁶ von denen die eine als weiblichen und die andere als männlichen Geschlechts registriert sein muss,³¹⁷ ergibt sich demnach nicht aus dem Wortlaut der Verfassung, sondern aus deren aktueller Auslegung und dem die Verfassung konkretisierenden Familienrecht (inklusive Partnerschaftsgesetz).³¹⁸ Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bedürfte folglich nicht einer Verfassungs-, sondern nur einer Gesetzesänderung.³¹⁹ Durch eine Gesetzesrevision, die auch gleichgeschlechtlichen Paaren die Heirat erlaubte, würde deren rechtliche Verbindung gleichfalls durch Art. 14 BV geschützt; ein Schutz, der eingetragenen Partnerschaften heute nicht zukommt.³²⁰

B. Recht auf Ehe

Positiv garantiert das Recht auf Ehe erwachsenen Personen die Freiheit, sich eigenständig zu entscheiden, ob und wenn ja mit wem eine Ehe geschlossen werden soll.³²¹ Der Entscheid einer urteilsfähigen Person, zu heiraten, muss insbesondere frei von Irrtum, Täuschung oder Drohung sein. An die Urteilsfähigkeit der Eheleute sind tiefe Anforderungen zu stellen; Menschen mit geistiger Behinderung sind entsprechend nur in Extremfällen nicht heiratsfähig.³²²

Das verfassungsmässige Recht auf Ehe verletzen überdies auch indirekte Hindernisse im Zugang zur Ehe wie Fortpflanzungsfähigkeit als Ehevoraussetzung oder auch die „zwangsweise Auflösung

³¹⁵ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 3.3.2, 4.1, mit Verweis auf BGE 126 II 425 S. 431. Dazu auch RECHER, Familienbild, S. 241 ff. Diverse Literaturhinweise zur umstrittenen Interpretation der Ehe nach Art. 14 BV als verschiedengeschlechtliche Verbindung finden sich bei COTTIER/WYTTENBACH, Fn. 3.

³¹⁶ Ehen und eingetragene Partnerschaften zwischen mehr als zwei Personen verbietet das Strafrecht explizit (Art. 215 StGB). Zur Verfassungsmässigkeit des Verbotes: BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 28. Zur (Nicht-)Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen zwischen mehr als zwei Personen: Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 4.3.3. Die Möglichkeit, Beziehungen zwischen mehr als zwei Personen rechtlich absichern zu können, könnte mit einer Änderung des ZGB geschaffen werden; eine Verfassungsänderung wäre dazu nicht notwendig.

³¹⁷ Für den Eheschluss relevant ist das amtliche Geschlecht, nicht aber die äusserliche Erscheinung oder die Geschlechtsidentität: RECHER, Transmensen, N 116.

³¹⁸ Eine explizite Festschreibung der Ehe als „auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau“ wurde mit Volksentscheid vom 28.2.2016 abgelehnt; Volksinitiative vom 05.11.2012 „Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe“. Politisch wird die „Ehe für alle“ aktuell diskutiert: 13.468 – Parlamentarische Initiative Grünliberale Fraktion, Ehe für alle, vom 5.12.2013; Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 4.2.3, mit den zwei Optionen der Eheöffnung und der Zusprechung gleicher Rechtswirkungen für eingetragene Partnerschaften.

³¹⁹ So auch: BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 14; HANGARTNER, registrierte Partnerschaft, S. 255; MÜLLER/SCHEFER, S. 230; ZIEGLER, N 36.

Für eine Änderung der Verfassung sind die Hürden höher denn für eine Gesetzesänderung: Änderungen der Verfassung müssen zwingend dem Volk vorgelegt werden und nebst dem Volksmehr auch das Ständemehr erreichen. Gesetzesänderungen hingegen werden nur dann dem Volk zum Entscheid vorgelegt, wenn ein Referendum zustande kommt; in der Volksabstimmung ist allein das Volksmehr entscheidend.

³²⁰ Statt vieler: Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 4.2.2.

³²¹ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 11; MÜLLER/SCHEFER, S. 226; SGK BV, REUSSER, Art. 14 N 11.

³²² In BGE 109 II 273 E. 2 S. 276 wurde die Urteilsfähigkeit in Bezug auf den Eheschluss einer lernbehinderten Person bejaht, die „den Anforderungen der ersten Klasse Primarschule kaum gewachsen wäre und höchstens für den Kindergarten genügen würde.“

einer Ehe.³²³ Eine bestehende Ehe kann nur in wenigen, gesetzlich explizit aufgeführten Fällen gegen den Willen der Eheleute aufgelöst werden (Art. 104 ff. ZGB).³²⁴

Umgekehrt schützt die Ehefreiheit negativ das Recht, keine Ehe einzugehen, in einer faktischen Lebensgemeinschaft zu leben, eine bestehende Ehe faktisch zu trennen oder sich scheiden zu lassen. Unzulässig nach diesem heutigen Verständnis der *negativen Ehefreiheit* (sowie nach Art. 8 Abs. 2 BV) wäre insbesondere die Wiedereinführung des Konkubinatsverbotes.³²⁵ Aus dem Recht der Einzelnen, nicht zu heiraten respektive nur auf Basis des eigenen freien Willens eine Ehe einzugehen, leitet sich die Pflicht des Staates ab, vor einer Zwangsverheiratung durch Private, namentlich durch Familie und Verwandtschaft, zu schützen (siehe Kap. III.3.7.4).³²⁶ Diesfalls „muss der Zivilstandsbeamte oder die Zivilstandsbeamtin die Trauung verweigern (...)“.³²⁷

C. Recht auf Familiengründung

Das Recht auf Familiengründung umfasst den Anspruch, „eine Familie zu gründen und Kinder zu haben und zu erziehen sowie, unter gesetzlich näher zu bestimmenden Voraussetzungen, Kinder zu adoptieren.“³²⁸ Gewährleistet wird sowohl der freie Entscheid, ob und wie viele Kinder ein Paar zeugt, als auch die staatliche Anerkennung dieser Kindesverhältnisse. Nebst der Zeugung erfasst das Recht auch andere Wege der Familiengründung wie Fortpflanzungsmedizin,³²⁹ Adoption, Stief- oder Pflegekinderverhältnisse und das negative Recht, sich nicht fortzupflanzen.³³⁰ Damit verbunden ist auch das Recht auf freiwillige Verhütung. Mit Art. 14 BV unvereinbar sind staatliche Massnahmen, die den freien Willen oder die Möglichkeit einschränken, sich für oder gegen eine Familie zu entscheiden, wie Zwangssterilisationen oder Einkindpolitik.³³¹ Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird dieses Reproduktionsrecht jedoch eingeschränkt, insbesondere durch Art. 119 BV, wodurch bestimmte Methoden der Fortpflanzungsmedizin wie Leihmutterchaft untersagt werden (dazu Kap. III.2.4.7 und III.3.5.5).³³²

Die *traditionelle Auffassung* knüpft das Recht auf Familiengründung an das Bestehen einer Ehe im Sinne von Art. 14 BV an oder grenzt den persönlichen Schutzbereich zumindest auf Heiratsfähige ein, die eine Person gleichen Geschlechts ehelichen würden.³³³ Mit der am 1.1.2018 in Kraft tretenden Öffnung der Stiefkindadoption auch für eingetragene Paare und für de facto Lebensgemeinschaften (siehe Kap. III.3.5.6.D) wird diese traditionelle Auffassung der geschützten Familiengründung jedoch so herausgefordert, dass eine *liberalere Auslegung* an Wichtigkeit gewinnen

³²³ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 11. Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185, S. 2193.

³²⁴ Siehe dazu auch Bezirksgericht St. Gallen, I. Abteilung, Urteil vom 26.11.1996, 1BZ 96/20; RECHER, Transmensen, N 65.

³²⁵ SGK BV, REUSSER, Art. 14 N 18.

³²⁶ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 12 ff.

³²⁷ Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185, S. 2193.

³²⁸ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 3.3.2, nach Botschaft BV, BBI 1997 I 1 ff., S. 154.

³²⁹ Dass die Familiengründung mittels künstlicher Fortpflanzung in den Schutzbereich von Art. 14 BV fällt, verleiht gemäss Bundesgericht explizit keinen Anspruch darauf, dass fortpflanzungsmedizinische Massnahmen von der Krankenkasse übernommen werden (Urteil des Bundesgerichts 9C_835/2011 vom 1.10.2012 E. 7.5).

³³⁰ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 40 ff.; MÜLLER/SCHEFER, S. 220 ff. Teils anderer Meinung: SGK BV, REUSSER, Art. 14 N 26 ff.

³³¹ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 38 ff.

³³² Zum Leihmutterchaftsverbot als Teil des Schweizer Ordre public siehe auch BGE 141 III 328 E. 8 S. 351.

³³³ So SGK BV, REUSSER, Art. 14 N 31. Eingehender zu der Frage: MÜLLER/SCHEFER, S. 219 f., insbesondere auch mit Verweis darauf, dass der EGMR Art. 12 EMRK nicht mehr an das Bestehen einer Ehe bindet.

wird. Nach dieser liberaleren Auslegung steht das Recht auf Familiengründung jedermann unabhängig vom Recht auf Ehe sowie unabhängig vom ausländerrechtlichen Status oder des Zivilstandes zu; in diesen Fällen wird der individuelle grundrechtliche Anspruch auf Familiengründung insbesondere auf Art. 13 Abs. 1 BV gestützt. Die aktuelle Bundesgesetzgebung schränkt dieses Individualrecht jedoch verschiedentlich ein. Wird das Recht auf Familiengründung in einem weiten Sinn als Individualrecht zugestanden, so schützt es zum Beispiel das Recht von nicht heiratsfähigen Eltern auf Anerkennung ihrer Elternschaft, das Recht nicht verheirateter Personen Kinder zu zeugen oder das Recht des Kindes zur Begründung des Familienverhältnisses zu den (biologischen oder Adoptiv-)Eltern und zu seinen Geschwistern.³³⁴

Für das (neugeborene) Kind ergibt sich aus dem Recht auf Familiengründung und ergänzend zu seinen *Kinderrechten* aus der UN-KRK der Anspruch, staatlich registriert und damit mit all seinen Familienbeziehungen anerkannt zu werden, sowie das Recht auf Abstammungskennntnis.³³⁵

2.2.8. Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV)

Geschützt durch Art. 16 BV ist das Recht, Informationen zu empfangen, sich eine Meinung zu bilden und diese kund zu tun. In seiner Auslegung der verfassungsrechtlichen Meinungs- und Informationsfreiheit orientiert sich das Bundesgericht an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK, Freiheit der Meinungsäusserung (BGE 117 Ia 472 E. 3b S. 477 f.), weshalb auf die Ausführungen dazu in Kap. II.2.9 verwiesen wird. Zu beachten ist dabei, dass Art. 10 EMRK verschiedene Kommunikationsinhalte in einer einzigen Norm zusammenfasst, welche die Bundesverfassung auf verschiedene Artikel wie Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV), Kunstfreiheit (Art. 21 BV) oder Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) aufteilt.

Bezüglich sexueller Rechte wird die Meinungs- und Informationsfreiheit namentlich durch das Strafrecht verschiedentlich eingeschränkt; so beispielsweise durch den Straftatbestand der Pornographie (Art. 197 StGB). Solche Straftatbestände stellen zulässige Einschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit dar.

2.2.9. Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)

A. Allgemeines zum Anspruch auf Grundschulunterricht

Art. 19 der Bundesverfassung verankert den grundrechtlichen Anspruch jedes Kindes auf Grundschulunterricht. Art. 62 BV („Schulwesen“) hingegen regelt das Schulwesen im Sinne der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sowie das Schulbesuchsobligatorium. Im Vergleich zu Art. 11 BV, der einen allgemeinen, thematisch unspezifischen Schutz der Kinder und Jugendlichen statuiert, verankert Art. 19 BV spezifisch den Anspruch auf Grundschulunterricht. Dieser Schulanspruch steht jedem Kind zu, unabhängig von Behinderung und Gesundheit, Nationalität und Aufenthaltsstatus oder anderer persönlicher Merkmale. In der konkreten Umsetzung der Grundschulung ist jedoch auf die Lernfähigkeit des einzelnen Kindes, insbesondere auf die Bedürfnisse und Fähigkeiten des lernbehinderten Kindes, Rücksicht zu nehmen.

³³⁴ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 37, 45, 58.

³³⁵ BSK BV, UEBERSAX, Art. 14 N 54 ff.

Anspruch besteht auf ausreichenden Grundschulunterricht, das heisst, so das Bundesgericht in BGE 130 I 352 E. 3 S. 354 f., auf „(...) ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden (...).“ Ausreichend ist die Ausbildung, wenn sie „für den Einzelnen angemessen und geeignet“ ist und genügt, „um die Schüler auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten. (...) Der Anspruch ist verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, welches die Chancengleichheit nicht mehr wahrt, bzw. wenn das Kind Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten (...).“ Teilgehalt dieser elementaren Schulbildung ist auch die Gesundheitserziehung.³³⁶

B. Sexualekundeunterricht

Sexualekunde gehört heute im Rahmen des Unterrichts zur Gesundheitsvorsorge respektive des Biologieunterrichts grundsätzlich zum üblichen Schulstoff. Das Recht auf Grundschulbildung der Kinder und Jugendlichen kann jedoch in ein Spannungsverhältnis geraten mit dem elterlichen Erziehungsrecht auf Basis deren Wert- und Moralvorstellungen (geschützt durch Art. 13 und 15 BV), insbesondere bezüglich Lerninhalten wie Sexualekunde. Es fragt sich daher insbesondere, ob Eltern ihre Kinder vom Sexualekundeunterricht dispensieren lassen können. „Verlangen Eltern eine Dispensation von Schulanlässen oder Schulfächern, müssen die Bildungsziele und das Recht auf Grundschulbildung, die soziale Integration des Kindes in der Klasse, die effiziente und geordnete Schulorganisation und die grundrechtlich abgestützten Anliegen der Eltern bzw. der Kinder abgewogen werden.“³³⁷ Soll die Grundschulbildung alle Kinder zu einem selbstverantwortlichen Leben befähigen, erscheint die Vermittlung von zumindest elementarem Wissen über Körper, Sexualität und Fortpflanzung unverzichtbar und eine vollständige Dispensation nicht mit dem Recht auf Grundschulbildung vereinbar. Denn ohne dieses grundlegende Wissen wird den Jugendlichen und zukünftigen Erwachsenen auch die Inanspruchnahme der weiteren sexuellen und reproduktiven Freiheitsrechte unverhältnismässig erschwert. Jedoch ist in der Vermittlung von Sexualekunde, gleich wie von anderen Lerninhalten, der „Unterricht sachlich, objektiv und (...) möglichst wertungsfrei“ zu gestalten (siehe dazu auch Kap. II.2.8.2 und III.3.8).³³⁸

2.3. Sozialziele (Art. 41 BV)

Die in Art. 41 BV festgehaltenen Sozialziele unterscheiden sich von den Grundrechten primär dadurch, dass sie rein *programmatish*er Natur sind und aus ihnen, so explizit Art. 41 Abs. 4 BV und das Bundesgericht in BGE 129 I 12 E. 4.3 S. 17, „keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden können.“ Das heisst, die Sozialziele erlauben es den Einzelnen nicht, staatliche Leistungen gerichtlich einzuklagen. Adressat_innen der Sozialziele sind Gesetzgeber und staatliche Organe, die einen allgemeinen Rahmen schaffen sollen, in dem ein menschenwürdiges Leben und der Genuss der Grundrechte möglich werden. Explizit als Akteure angesprochen werden in Abs. 1 von Art. 41 BV der Bund und die Kantone, womit das föderale Zusammenwirken im Sozialstaat betont wird.

³³⁶ BSK BV, WYTTENBACH, Art. 19 N 11.

³³⁷ BSK BV, WYTTENBACH, Art. 19 N 26. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2014, 2C_133/2014 vom 15.11.2014.

³³⁸ BSK BV, WYTTENBACH, Art. 19 N 21.

Bund und Kantone „streben die Sozialziele im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel an“ (Art. 41 Abs. 3 BV). Es wird demnach nicht vorgegeben, dass die Sozialziele erreicht werden müssen, sondern nur, dass diese anzustreben sind. Weiter abgeschwächt wird die Norm dadurch, dass sich Bund und Kantone „in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative“, demnach subsidiär zu Privaten, für das Erreichen der in Art. 41 Abs. 1 lit. a–g BV gelisteten Sozialziele einsetzen.

Der *Katalog der Sozialziele* in Art. 41 Abs. 1 BV umfasst die Teilhabe an der sozialen Sicherheit (lit. a), das Erhalten der notwendigen gesundheitlichen Pflege (lit. b), Schutz und Förderung der Familiengemeinschaft (lit. c), den Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen (lit. d), die Möglichkeit, eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden zu können (lit. e), Bildung, Aus- und Weiterbildung (lit. f) sowie die Förderung und Unterstützung von Kindern und Jugendlichen (lit. g).

Ergänzend dazu verpflichtet Art. 41 Abs. 2 BV Bund und Kantone, sich für eine universelle *Sozialversicherung* gegen typische Armutsrisiken einzusetzen: Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung. Umgesetzt wurden diese verschiedenen Sozialversicherungen auf Gesetzesstufe entsprechend der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen (dazu Kap. III.2.4).

2.4. Staatsaufgaben und Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

2.4.1. Einleitung

Die Kompetenznormen der Verfassung regeln, in welchen Bereichen der Bund und in welchen die Kantone tätig werden. Grundsätzlich darf der Bund nur dann in einem Aufgabenbereich gesetzgeberisch tätig werden, wenn die Bundesverfassung ihm dazu die Kompetenz einräumt (Art. 42 BV). Ist dies nicht der Fall, so sind stets subsidiär die Kantone zuständig (Art. 3 und 43 BV). Die Kantone können zudem bei sogenannten konkurrierenden Kompetenzen regelungsberechtigt sein, solange und soweit der Bund von seiner verfassungsmässigen Kompetenz (noch) keinen Gebrauch gemacht hat. Sind die Kantone in einem Bereich regelungsberechtigt, so geniessen sie grundsätzlich Organisationsautonomie. Das heisst, es steht ihnen – bis auf wenige in der Bundesverfassung geregelte Ausnahmen – zum Beispiel frei, Aufgaben an die Gemeinden weiterzudelegieren.³³⁹

2.4.2. Schulwesen (Art. 62 BV)

A. Allgemeines zum Schulwesen

Das Schweizer Schulsystem ist deutlich *föderalistisch* geprägt; „[f]ür das Schulwesen sind die Kantone zuständig“ (Art. 62 Abs. 1 BV). Unter „Schulwesen“ werden dabei alle Schulstufen, unabhängig von der obligatorischen Schulzeit, verstanden.³⁴⁰ Die Kantone sorgen, so die Mindestanforderungen nach Art. 62 Abs. 2 BV, für ausreichenden, obligatorischen, staatlich geleiteten oder beauf-

³³⁹ BSK BV, BIAGGINI, Art. 42 N 6.

³⁴⁰ Parlamentarische Initiative zum Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5479, S. 5504, 5520.

sichtigen Grundschulunterricht, der allen Kindern offensteht und an öffentlichen Schulen unentgeltlich angeboten wird. Adressaten der Norm sind entsprechend die Gesetzgeber der Kantone; für die einzelnen Schüler_innen ergeben sich keine einklagbaren Ansprüche aus Art. 62 BV.

In der Ausübung ihrer Kompetenz, namentlich in der Definition der Lernziele, der Gestaltung des Unterrichts und im Umgang mit den Schüler_innen beziehungsweise der Elternschaft, müssen die Kantone nicht nur den Anspruch auf Grundschulunterricht, sondern auch die anderen *Grundrechte* beachten.³⁴¹ Diese anderen zu beachtenden Grundrechte sind namentlich das Diskriminierungsverbot, das Gebot der Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Kinder, die Glaubens- und Gewissensfreiheit von Kindern und Eltern, das Gebot der religiösen Neutralität öffentlicher Schulen oder die Wissenschaftsfreiheit.³⁴²

Die Kantone sorgen, so Art. 62 Abs. 3 BV, auch „für eine ausreichende Sonderschulung“ aller Kinder und Jugendlichen, die als behindert gelten. Die *Sonderschulung* bildet damit Teil des kantonalen Schulwesens. Im Einzelfall ist die Grundschulung, so Art. 20 Abs. 1 BehiG, den individuell besonderen Bedürfnissen des Kindes respektive Jugendlichen mit Behinderung anzupassen.

Art. 62 BV verankert die Grundkompetenz der Kantone im Schulwesen, statuiert gleichzeitig aber auch verschiedene *Beschränkungen*. So agieren die Kantone nicht unabhängig voneinander, sondern müssen „strukturelle Eckwerte“³⁴³ national harmonisieren. Diese Eckwerte umfassen die Bereiche des Schuleintrittsalters und der Schulpflicht, der Dauer und Ziele der Bildungsstufen, der Übergänge zwischen den Bildungsstufen sowie der Anerkennung von Abschlüssen. Kommen die Kantone diesem Harmonisierungsauftrag nicht nach, so erlässt subsidiär der Bund die notwendigen Vorschriften (Art. 62 Abs. 4 BV). Nebst dieser subsidiären Kompetenz übertragen die Art. 62 ff. BV dem Bund weitere (Teil-)Kompetenzen in verschiedenen Bereichen des Bildungswesens wie Berufsbildung, Weiterbildung, Hochschulen oder Sport und musikalische Bildung.

B. Sexualekundeunterricht als Teil des Grundschulunterrichts

Im Vordergrund der Harmonisierungsbestrebungen der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) steht die „Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule“ (*HarmoS-Konkordat*).³⁴⁴ Gemäss den von der EDK harmonisierten und definierten Nationalen Bildungsstandards ist als Teil der naturwissenschaftlichen Bildung grundlegendes Wissen über Sexualorgane, die Entwicklung der Sexualität, sexuelle Ausprägungen und sexuell übertragbare Krankheiten zu vermitteln respektive zu erwerben.³⁴⁵ Diese zwischen dem 5. und dem 11. Schuljahr zu erreichenden Grundkompetenzen zu Mensch und Gesundheit stehen nicht zuletzt in Einklang mit der Pflicht der Kantone, den Grundschulunterricht so auszugestalten, dass „die Schüler angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag“ vorbereitet werden (BGE 138 I 162 E. 3.1 S. 164; siehe Kap. III.2.2.9). Entsprechend umfasst auch das Curriculum der Kantone, welche die HarmoS-Bildungsstandards nicht übernommen haben, Sexualekundeunterricht.

Die *obligatorische Teilnahme* an reaktivem Sexualekundeunterricht beurteilte das Bundesgericht zudem bereits für Kinder im Kindergarten und der 2. Primarklasse als zulässigen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Urteile des Bundesgerichts vom 15.11.2014, 2C_132/2014,

³⁴¹ Parlamentarische Initiative zum Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5479, S. 5517.

³⁴² BSK BV, HÄNNI, Art. 62 N 12.

³⁴³ BSK BV, HÄNNI, Art. 62 N 43.

³⁴⁴ Für einen Überblick über die Konkordate siehe <<http://www.edk.ch>> Arbeiten (besucht: 7.6.2016).

³⁴⁵ Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren, Kap. 1.2.

2C_133/2014). Diese nationale Rechtsauffassung korrespondiert mit derjenigen des EGMR (siehe Kap. II.2.8.2).

C. Ausserschulische Bildung

Die ausserschulische Arbeit mit Kindern und Jugendlichen wird gleichfalls von der Bundesverfassung erfasst, jedoch unter der Marginalie „Förderung von Kindern und Jugendlichen“ in Art. 67 BV. Demnach kann der Bund in Ergänzung zu kantonalen Massnahmen die ausserschulische Arbeit mit Kindern und Jugendlichen unterstützen. Von dieser Kompetenz machte der Bund insbesondere mit Erlass des Kinder- und Jugendförderungsgesetzes Gebrauch³⁴⁶.

2.4.3. Familienzulagen und Mutterschaftsversicherung (Art. 116 BV)

Art. 116 Abs. 3 BV verpflichtet den *Bund*, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten. Die Gesetzgebungskompetenz, die ihm dazu eingeräumt wird, ist eine umfassende, das heisst, es steht dem Bund zu, sämtliche Aspekte der Mutterschaftsversicherung zu regeln.³⁴⁷ Umgesetzt wurde dieser Verfassungsauftrag mit der Revision der Erwerbsersatzordnung, der das Volk am 26.9.2004 zustimmte. Die Kantone können diese Bundeslösung ergänzen mit eigenen Bestimmungen, insbesondere steht es ihnen offen, eine höhere oder länger dauernde Mutterschafts- oder eine Adoptionsentschädigung vorzusehen und zu deren Finanzierung besondere Beiträge zu erheben (Art. 16*h* Erwerbsersatzgesetz, EOG³⁴⁸).

Nach Art. 16*b* Abs. 1 EOG begrenzt sich die Gruppe der *Anspruchsberechtigten* auf erwerbstätige Mütter,³⁴⁹ das heisst, Arbeitnehmer_innen, Selbständigerwerbende sowie gegen Barlohn im Betrieb des Ehemannes Mitarbeitende. Die Legaldefinition von Mutterschaft orientiert sich an Art. 5 ATSG³⁵⁰: „Mutterschaft umfasst Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter.“ Dieser Wortlaut, und noch deutlicher Art. 16*b* Abs. 1 EOG („Anspruchsberechtigt ist eine Frau, die“), enthält eine echte Lücke in Bezug auf Schwangerschaft und Niederkunft von Transmännern. Diesen kommen jedoch dieselben Versicherungsleistungen zu wie Frauen.

Der Bund kann, so Art. 116 Abs. 4 BV, die Mutterschaftsversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären und seine *Leistungen* von angemessenen Leistungen der Kantone abhängig machen. Zur Leistung von Versicherungsbeiträgen ist jedermann verpflichtet, unabhängig davon, ob die Person schwanger werden kann, werden möchte oder wird (Art. 116 Abs. 3 Satz 2 BV).

Art. 116 BV regelt in Bezug auf Schwangerschaft und Niederkunft nur die Mutterschaftsversicherung. Weitere gesetzliche Bestimmungen dazu wie Arbeits- oder Arbeitsschutzrecht finden ihre Verfassungsgrundlage nicht in dieser Norm (siehe Kap. III.3.5.2).

³⁴⁶ Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz, KJFG) vom 30. September 2011, SR 446.1.

³⁴⁷ BSK BV, GÄCHTER/FILIPPO, Art. 116 N 21, m. w. H.

³⁴⁸ Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1.

³⁴⁹ Zur Forderung nach einem Vaterschaftsurlaub für die Person, die das Kind nicht ausgetragen hat, siehe Kap. III.3.5.2.B.

³⁵⁰ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

2.4.4. Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV)

A. Allgemeines zur Kranken- und Unfallversicherung

Ähnlich wie bei der vorstehend beleuchteten Mutterschaftsversicherung kommt dem *Bund* auch im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung die umfassende Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 117 BV): „Der Bund erlässt Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung. Er kann die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären.“ Dieser Auftrag an den Bundesgesetzgeber ist verbindlicher Natur, das heisst, der Bund musste regulieren und konnte dies nicht den Kantonen überlassen.³⁵¹

Bezüglich der Ausgestaltung der Kranken- und Unfallversicherungen und insbesondere der Leistungsvoraussetzungen macht die Verfassung jedoch keine Vorgaben. Die Ausgestaltung der Krankenversicherung als allgemeines *Obligatorium* und der Unfallversicherung als kollektives Obligatorium für Arbeitnehmende war folglich durch die Verfassung ermöglicht, nicht aber erzwungen. Art. 117 BV bildet über diese Obligatorien hinaus auch die Grundlage für die durch den Bund geregelten nicht obligatorischen Kranken- und Unfallversicherungen, vorab die privaten Zusatzversicherungen.

Die Norm richtet sich an den Gesetzgeber und kann *nicht* von Einzelnen als *Anspruchsgrundlage* auf Leistung bei Krankheit oder Unfall angeführt werden.

B. Kostenübernahme von Schwangerschaftsabbruch

Mit der Volksinitiative „Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache – Entlastung der Krankenversicherung durch Streichung der Kosten des Schwangerschaftsabbruchs aus der obligatorischen Grundversicherung“ wurde vorgeschlagen, die Kosten von Schwangerschaftsabbrüchen und Mehrlingsreduktionen aus dem Leistungskatalog der obligatorischen Krankenpflegeversicherungen zu streichen; vorbehalten bleiben sollten seltene Ausnahmen seitens der schwangeren Person. In der Abstimmung vom 9.2.2014 sprach sich das Stimmvolk gegen die Initiative und damit explizit für die Weiterführung der Leistungspflicht aus (siehe Kap. III.3.5.3.C).

2.4.5. Medizinische Grundversorgung (Art. 117a BV)

Die Regulierung der medizinischen Grundversorgung in Art. 117a BV geht auf die *Volksinitiative* „Ja zur Hausarztmedizin“ zurück, welche die Stellung und die Leistungsabgeltung der Hausärzt_innen stärken wollte. Als direkter Gegenvorschlag zur Initiative wurde der Verfassungsartikel zur medizinischen Grundversorgung vom Volk am 18.5.2014 überaus deutlich angenommen.

Nach Art. 117a Abs. 1 BV sorgen *Bund und Kantone* „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität. Sie anerkennen und fördern die Hausarztmedizin als einen wesentlichen Bestandteil dieser Grundversorgung.“ Auch hierbei handelt es sich um einen programmatischen Artikel, der keine Anspruchsgrundlage für einzelne Leistungsempfänger_innen oder Leistungserbringer_innen bildet, „sondern (lediglich) ein ständiges Bemühen der Akteure verlangt, um die Ziele so gut wie möglich zu verwirklichen.“³⁵²

³⁵¹ Siehe dazu BSK BV, GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 N 4.

³⁵² BSK BV, GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117a N 25.

Art. 117a Abs. 2 BV beauftragt den Bund, in zwei Bereichen Vorschriften zu erlassen: a) über „die Aus- und Weiterbildung für Berufe der medizinischen Grundversorgung und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe“ sowie b) über „die angemessene Abgeltung der Leistungen der Hausarztmedizin“. Sobald der Bund seiner Gesetzgebungspflicht in diesen Bereichen nachgekommen ist, entfallen allfällige kantonale Regelungen dazu (nachträglich derogatorische, fragmentarische Bundeskompetenz).³⁵³

Welche Leistungen zur *medizinischen Grundversorgung* gehören sollen, erläuterte der Bundesrat folgendermassen: „Die Umschreibung der medizinischen Grundversorgung orientiert sich am üblichen Bedarf der Bevölkerung an grundlegenden präventiven, kurativen, rehabilitativen und palliativen medizinischen Gütern und Dienstleistungen. (...) Für die Umschreibung der Grundversorgung ist massgebend, dass deren grundlegende Leistungen erfahrungsgemäss regelmässig von der breiten Bevölkerung oder den einzelnen Bevölkerungsgruppen potenziell oder effektiv beansprucht werden und dies auch zukünftig der Fall sein wird.“ Die medizinische Grundversorgung im Sinne von Art. 117a BV umfasst einerseits mehr als die Nothilfe im Rahmen von Art. 12 BV (dazu Kap. III.2.2.5), andererseits aber nicht das gesamte Angebot des Gesundheitswesens. Namentlich selten oder nur „in konzentrierter Form“ angebotene Leistungen zählen nicht zur medizinischen Grundversorgung.³⁵⁴ Wie das Beispiel der Prävalenzentwicklung von HIV/Aids von einer anfänglich seltenen Krankheit zu einer Epidemie zeigt, ist Seltenheit und damit auch die Subsumtion unter medizinische Grundversorgung jedoch kein unveränderliches Charakteristikum.

Die medizinische Grundversorgung soll *ausreichend, allen zugänglich* und von *hoher Qualität* sein (Art. 117a Abs. 1 Satz 1 BV). „Allen zugänglich ist die Grundversorgung dann,“ so der Bundesrat in der Botschaft zur Volksinitiative, „wenn die entsprechenden Leistungen der gesamten Bevölkerung in allen Landesgegenden innert nützlicher Frist erreichbar angeboten werden können. (...) Das Erfordernis, dass die Grundversorgung von hoher Qualität sein muss, bedingt unter anderem, dass die Gesundheitsfachpersonen über eine gut aufeinander abgestimmte Aus- und Weiterbildung verfügen und dass die Leistungen in gegenseitiger Abstimmung und Vernetzung erfolgen.“³⁵⁵

2.4.6. Schutz der Gesundheit (Art. 118 BV)

A. Allgemeines zum Schutz der Gesundheit

Die grundsätzliche Zuständigkeit für das Gesundheitswesen liegt bei den *Kantonen*. Ergänzend überträgt Art. 118 BV dem *Bund* die Pflicht, in bestimmten begrenzten Bereichen Gesundheitsschutzmassnahmen zu treffen.³⁵⁶ Der Gesundheitsschutz ist demnach je nach Bereich eine kantonale oder eine Bundesaufgabe. Ziel sowohl der kantonalen als auch der Bundesmassnahmen ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit, nicht aber der individuelle Gesundheitszustand.

Art. 118 Abs. 1 BV beauftragt den Bund, im Rahmen seiner Zuständigkeiten *Massnahmen zum Schutz der Gesundheit* zu treffen. Dadurch erweitern sich nicht seine Zuständigkeitsbereiche, sondern er wird in denjenigen Bereichen zum Handeln aufgefordert, in denen ihm die Verfassung bereits die Zuständigkeit erteilt. In den übrigen Bereichen verbleibt die Zuständigkeit bei den Kanto-

³⁵³ BSK BV, GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117a N 27.

³⁵⁴ Botschaft Hausarztmedizin, BBl 2011 7553, S. 7577.

³⁵⁵ Botschaft Hausarztmedizin, BBl 2011 7553, S. 7577.

³⁵⁶ Siehe dazu Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 332.

nen. Die Massnahmen, die der Bund trifft, müssen zweckmässig sein, können aber ganz unterschiedlicher Art sein. Nebst Gesetzgebung sind dies beispielsweise auch „Verbote, Gebote, Bewilligungspflichten, Warnungen (...), finanzielle Anreize oder (...) informierende, sensibilisierende und erziehende Massnahmen.“³⁵⁷

In einigen wenigen in Art. 118 Abs. 2 BV explizit genannten Bereichen muss der Bund als Gesetzgeber *gefahrenabwehrend* tätig werden. So hat er Vorschriften zu erlassen über: „a. den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können; b. die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren; c. den Schutz vor ionisierenden Strahlen.“ Diese Liste ist abschliessend, das heisst, der Bund kann nicht basierend darauf in anderen Bereichen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit gesetzgeberisch tätig werden.³⁵⁸

B. Schutz der sexuellen und reproduktiven Gesundheit

Von den in Art. 118 Abs. 2 BV aufgezählten Bereichen, in denen der Bund zum Erlass von Normen des Gesundheitsschutzes zuständig ist, sind für die sexuelle und reproduktive Gesundheit folgende besonders relevant: die Vorschriften über den Umgang mit Heilmitteln (Heilmittelgesetz³⁵⁹), die Vorschriften über die Bekämpfung sexuell übertragbarer Krankheiten³⁶⁰ (insbesondere Epidemien-gesetz³⁶¹) und allenfalls auch diejenigen über den Umgang mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz³⁶²).

2.4.7. Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV)

A. Allgemeines zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich

Die verfassungsmässige Regulierung der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) geht auf die *Volksinitiative* „gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen“, die sogenannte „Beobachter-Initiative“, zurück. Nicht die Initiative selbst – diese war zurückgezogen worden – sondern der Gegenvorschlag wurde am 17.5.1992 deutlich vom Stimmvolk angenommen.

Die Initiative strebte eine Regulierung „über den künstlichen Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut an“.³⁶³ Sie bewegt sich also im Schnittbereich von *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik*. Diese beiden Wissenschaftsbereiche überschneiden sich beispielsweise in der Präimplantationsdiagnostik. Der Missbrauchsschutz nach Art. 119 BV umfasst aber auch Gentechnologie ohne Bezug zur Fortpflanzungsmedizin.

³⁵⁷ BSK BV, GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 7, m. w. H.

³⁵⁸ Botschaft BV, BBI 1997 I 1, S. 332 f.

³⁵⁹ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000, SR 812.21.

³⁶⁰ Sexuell übertragbare Krankheiten wie beispielsweise Aids können zusätzlich als bösartige Krankheiten qualifizieren. Siehe dazu BSK BV, GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 N 26.

³⁶¹ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101.

³⁶² Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG) vom 3. Oktober 1951, SR 812.121.

³⁶³ Botschaft Fortpflanzungstechnologie, BBI 1989 III 989, S. 993.

Gleichermassen wird der *Begriff der Fortpflanzung* in Art. 119 BV in einem weiten Sinn verwendet. Während Art. 2 lit. a FMedG³⁶⁴ die „Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (Fortpflanzungsverfahren)“ eng definiert als „Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr, insbesondere Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer sowie Gametentransfer“ geht die verfassungsrechtliche Norm von einem breiteren Fortpflanzungsbegriff aus. Dieser umfasst insbesondere auch Empfängnisverhütung, „Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (...), jeden Missbrauch im Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut, unabhängig davon, ob er im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, der Gentechnologie, der Forschung oder anderen Verfahren steht“, aber auch zum Beispiel „Ultraschalluntersuchungen am Embryo oder Fötus (...) oder hormonelle Stimulation mit anschliessender natürlicher Zeugung“.³⁶⁵

Art. 119 Abs. 1 BV sieht im Sinne eines „*programmatischen Zweckartikels*“ vor, dass der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt sei (BGE 119 Ia 460 E. 5b S. 476, Hervorhebung des Autors). Damit wird dem Bund keine neue Kompetenz eingeräumt, sondern es werden vielmehr Bund und Kantone dazu verpflichtet, je entlang ihrer bereits bestehenden Kompetenzen den Missbrauchsschutz umzusetzen.

B. Konkretisierung von Art. 119 BV

Art. 119 Abs. 2 BV weist dem Bund die gesetzgebende Kompetenz zu, „Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut zu erlassen. Dabei handelt es sich um eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung. Dies bedeutet, dass die *Kantone* bis zum Erlass entsprechender Normen auf Bundesebene weiterhin zur Gesetzgebung befugt sind“. Werden die Kantone gesetzgeberisch tätig, müssen sie die materiellen Vorgaben von Art. 119 BV, namentlich auch die mit Art. 119 Abs. 2 lit. a–g BV gezogenen Grenzen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie, gleich dem Bundesgesetzgeber einhalten.³⁶⁶ Aufgrund der Bundesgesetzgebung ist die Relevanz dieser Befugnis zugunsten der Kantone heute jedoch nur gering.

Der *Bund* kam seiner Pflicht zur Umsetzung des Missbrauchsschutzes in erster Linie mit dem Erlass des Fortpflanzungsmedizinergesetzes nach. Konkretisierungen der Grundsätze nach Art. 119 Abs. 2 BV finden sich überdies im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen³⁶⁷, dem Epidemiegesetz, dem Stammzellenforschungsgesetz³⁶⁸ sowie dem DNA-Profil-Gesetz³⁶⁹ (siehe Kap. III.3.5.5).

Materiell soll der Bund mit dem Erlass der Vorschriften „für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie“ sorgen. Bindend für die Konkretisierung auf Gesetzesebene sind die in Art. 119 Abs. 2 lit. a–g BV gelisteten *Grundsätze*. Diese Grundsätze umfassen das Verbot des Klonens und von Eingriffen in das Erbgut, das Verbot der Verschmelzung mit nichtmenschlichem Keimgut, Rahmenbedingungen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, das Verbot der

³⁶⁴ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinergesetz) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11.

³⁶⁵ SGK BV, REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 6, m. w. H.

³⁶⁶ Siehe BGE 119 Ia 460 E. 5b S. 476.

³⁶⁷ Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 8. Oktober 2004, SR 810.12.

³⁶⁸ Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG) vom 19. Dezember 2003, SR 810.31.

³⁶⁹ Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz) vom 20. Juni 2003, SR 363.

Embryonenspende und der Leihmutterschaft,³⁷⁰ das Verbot des Handels mit menschlichem Keimgut, das Recht auf Selbstbestimmung über genetische Informationen und den Zugang zu den Daten über die eigene Abstammung³⁷¹. Diese Liste ist jedoch nicht abschliessend, was durch das Wort „insbesondere“ angezeigt wird. So wird das Verbot der Eizellenspende, welches sich im Fortpflanzungsmedizingesetz findet, in der Verfassung nicht explizit erwähnt.

Beachtlich für den Gesetzgeber sind über diese Grundsätze hinaus auch die weiteren verfassungsmässigen Grundrechte und *Wertentscheidungen*.³⁷² Ein Teil dieser grundlegenden Wertentscheidungen, beispielsweise das Klonverbot, verankert auch die Biomedizinkonvention des Europarates³⁷³ respektive deren Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen³⁷⁴.

C. Präimplantationsdiagnostik

Mit der Volksabstimmung vom 14.6.2015 wurde eine Revision von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV gutgeheissen, die die Präimplantationsdiagnostik legalisiert und reguliert. Dieses Verfahren darf jedoch auch zukünftig nicht uneingeschränkt angewendet werden, sondern nur, „wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben“. Zudem „dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind.“³⁷⁵

2.4.8. Zivilrecht (Art. 122 BV)

Mit Art. 122 Abs. 1 BV wird die Gesetzgebungskompetenz „auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts“ umfassend dem Bund zugesprochen. Dieser machte davon Gebrauch mit dem Erlass des Zivilgesetzbuches (ZGB; dieses enthält namentlich das Personenrecht, das Familienbeziehungsweise Kindsrecht sowie das Erbrecht) und des Obligationenrechts (OR)³⁷⁶. Ergänzt

³⁷⁰ Zum Leihmutterschaftsverbot siehe auch BGE 141 III 312.

³⁷¹ Das Recht auf Abstammungskennntnis kann nicht durch einen entgegenstehenden Willen der sozialen Eltern, zum Beispiel Adoptiveltern oder Empfänger einer Samenspende, eingeschränkt werden. Siehe dazu Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 5.4.4.

³⁷² BSK BV, BELSER/MOLINARI, Art. 119 N 17.

³⁷³ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin), abgeschlossen in Oviedo am 4. April 1997, von der Bundesversammlung genehmigt am 20.3.2008, Schweizer Ratifikationsurkunde hinterlegt am 24.7.2008, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 2008, SR 0.810.2.

³⁷⁴ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen (Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen), abgeschlossen in Paris am 12.1.1998, von der Bundesversammlung genehmigt am 20.3.2008, Ratifikationsurkunde von der Schweiz hinterlegt am 24.7.2008, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.2008, SR 0.810.21.

³⁷⁵ Zur Revision im Lichte der EMRK siehe COTTIER/WYTENBACH, S. 92 f.

³⁷⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

wird diese Gesamtkodifikation durch zahlreiche weitere Erlasse wie beispielsweise das Sterilisationsgesetz,³⁷⁷ das Partnerschaftsgesetz,³⁷⁸ das Versicherungsvertragsgesetz³⁷⁹ oder das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht³⁸⁰.

In der Folge besteht im Privatrecht kein Raum für die Kantone, um Gesetze zu erlassen, ausser der Bund spricht ihnen diese Kompetenz explizit zu. Nur „für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig“ – doch auch diese Kompetenz kann der Bundesgesetzgeber einschränken (Art. 122 Abs. 2 BV).

2.4.9. Strafrecht (Art. 123 BV)

Die Kompetenzregelung im Strafrecht entspricht derjenigen im Zivilrecht: „Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes. Für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht“ (Art. 123 Abs. 1 und 2 BV). Der Bund machte auch von dieser Kompetenz umfassend Gebrauch mit Erlass des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung³⁸¹. Damit besteht kein Raum mehr für die Kantone, zusätzliche Straftatbestände einzuführen, sofern das Bundesrecht sie nicht dazu ermächtigt oder die Verfassung einen Bereich, wie beispielsweise das Polizeiwesen, explizit in die Kantonskompetenz stellt.³⁸²

Art. 123 Abs. 2 BV übergibt die Organisation des Straf- und Massnahmenvollzugs den Kantonen, Abs. 3 ermöglicht es aber dem Bund, den Kantonen dazu Vollzugsvorschriften zu machen. Überdies kann er „den Kantonen Beiträge gewähren: a. für die Errichtung von Anstalten; b. für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug; c. an Einrichtungen, die erzieherische Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen.“

2.4.10. Art. 123a BV³⁸³

Art. 123a BV wurde durch die Annahme der Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“ am 8.2.2004 in die Bundesverfassung eingefügt; dies entgegen der Empfehlung von Bundesrat und Parlament. Dabei handelt es sich nicht um eine Kompetenznorm, sondern um Vorgaben an das materielle Strafrecht.

Die Initiant_innen verfolgten das Ziel, dass „Sexual- und Gewaltstraftäter“ bis an ihr Lebensende verwahrt werden können, um die Allgemeinheit vor einer erneuten Tat durch dieselbe Person zu schützen. Für die Anordnung einer solchen Verwahrung wird vorausgesetzt, dass eine lebensläng-

³⁷⁷ Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17. Dezember 2004, SR 211.111.1.

³⁷⁸ Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004, SR 211.231.

³⁷⁹ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1.

³⁸⁰ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291.

³⁸¹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

³⁸² BSK BV, Göksu, Art. 123 N 5 ff.

³⁸³ Dieser Verfassungsartikel enthält keine Marginale.

liche Nicht-Therapierbarkeit fachärztlich diagnostiziert wird, mithin die Person „tatsächlich auf Lebenszeiten keiner Behandlung zugänglich ist“ (BGE 140 IV 1, Regeste) und als extrem gefährlich eingestuft wird. Eine erneute Begutachtung, die allenfalls zu einer Aufhebung der Verwahrung führen kann, ist nur dann möglich, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen (Art. 123a Abs. 2 BV). Damit wird eine Bedingung aufgestellt, die in keinem Bezug zu der verwahrten Person steht. Führt eine erneute Begutachtung tatsächlich zu einer Entlassung, so haftet im Fall einer erneuten Tat der ehemals verwahrten Person der Staat, unabhängig davon, ob eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorliegt oder nicht. Die Verfassungsbestimmung wurde wiederholt als schwer mit den Menschenrechten vereinbar bemängelt.

Umgesetzt wurde Art. 123a BV auf Gesetzesstufe mit Art. 64 Abs. 1^{bis}, Art. 64c, Art. 84 Abs. 6^{bis} und Art. 90 Abs. 4^{ter} StGB. Darin werden die Sexualdelikte, die eine Verwahrung zur Folge haben können, auf Vergewaltigung und sexuelle Nötigung beschränkt.

2.4.11. Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Art. 123b BV)

Die Unverjährbarkeit von Straftaten, welche die sexuelle Integrität eines Kindes vor der Pubertät verletzen, geht auf die Volksinitiative „für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern“ zurück. Bundesrat und Parlament legten als Alternative zu der Initiative einen indirekten Gegenvorschlag vor, doch in der Abstimmung vom 30.11.2008 obsiegte die strengere Volksinitiative.

Art. 123b BV enthält, wie Art. 123a und 123c BV (siehe Kap. III.2.4.10 und III.2.4.12), nicht Regelungen der Zuständigkeiten von Bund und Kantonen, sondern Vorgaben, wie das Strafrecht zu ändern sei. Im Wortlaut statuiert die Norm, dass „[d]ie Verfolgung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät und die Strafe für solche Taten (...) unverjährbar [sind].“ Umgesetzt wurde der Verfassungsartikel in Art. 101 Abs. 1 lit. e und Art. 101 Abs. 3 StGB. Nach Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB werden die folgenden Straftatbestände von der Unverjährbarkeit erfasst: „sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 Abs. 1) und Ausnützung der Notlage (Art. 193 Abs. 1)“. Der in Art. 123b BV verwendete unklare Begriff „vor der Pubertät“ wurde gleichfalls mit Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB konkretisiert als Tatzeitpunkt, in dem das Opfer weniger als 12 Jahre alt war.

2.4.12. Massnahme nach Sexualdelikten an Kindern oder an zum Widerstand unfähigen oder urteilsunfähigen Personen (Art. 123c BV)

Art. 123c BV gelangte aufgrund der *Volksinitiative* „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ in die Verfassung. Initiiert wurde die Bestimmung von derselben Gruppe, die Art. 123b BV (die sogenannte Unverjährbarkeitsinitiative) eingebracht hatte. Wie bei dieser stellten Bundesrat und Parlament auch Art. 123c BV einen indirekten Gegenvorschlag auf Gesetzesebene gegenüber und ebenso obsiegte in der Volksabstimmung vom 18.5.2014 die Volksinitiative. Anliegen der Initiative ist der Schutz von Kindern vor Sexualstraftaten, indem, so der Wortlaut von Art. 123c BV,

„Personen, die verurteilt werden, weil sie die sexuelle Unversehrtheit eines Kindes oder einer abhängigen Person beeinträchtigt haben, (...) endgültig das Recht, eine berufliche oder ehrenamtliche Tätigkeit mit Minderjährigen oder Abhängigen auszuüben“, verlieren.³⁸⁴

Die Norm statuiert *keine Kompetenzverteilung*, sondern enthält Vorgaben, wie die Strafgesetzgebung zu ändern ist. Obschon auf den ersten Blick das Strafrecht angesprochen wird, berührt das Tätigkeitsverbot auch „das Privatrecht (namentlich das Arbeitsrecht und das Personenrecht)“ sowie „das Verwaltungsrecht (insbesondere die Bestimmungen über die Erteilung oder den Entzug von Bewilligungen zur Ausübung eines Berufs)“.³⁸⁵

Voraussetzung für das Tätigkeitsverbot ist die strafrechtliche *Verurteilung* für sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 StGB) oder Ausnützung der Notlage (Art. 193 StGB). Andere Straftatbestände wie „vor dem Opfer zu masturbieren, sich ihm exhibitionistisch zur Schau zu stellen oder ihm weiche Pornografie zu zeigen“ können nicht Anlass für die Rechtsfolge von Art. 123c BV sein, da sie nicht die erforderliche Mindestschwere aufweisen.³⁸⁶ Die Anwendung beschränkt sich zudem auf erwachsene Täter_innen.

Opfer können nach dem wenig eindeutigen Wortlaut der Initiative Kinder, zum Widerstand unfähige Personen, urteilsunfähige Personen und Abhängige sein. „Es geht also um mehr als den Schutz vor Pädophilen bzw. von Kindern.“³⁸⁷ „Kinder“ interpretiert der Bundesrat in der Botschaft zur Initiative als Minderjährige, das heisst, Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben.³⁸⁸ Entscheidend ist, so der Bundesrat weiter, „dass der Täter eine Situation ausgenutzt oder herbeigeführt haben muss, in der er eine bestimmte Macht über das Opfer ausüben konnte. Der Täter erweist sich also als besonders gefährlich, weshalb ein Tätigkeitsverbot zur Vermeidung von Wiederholungstaten gerechtfertigt ist.“³⁸⁹

Im Falle einer Verurteilung für eine der vorstehend genannten Straftatbestände muss das Gericht als zwingende Rechtsfolge ein *Tätigkeitsverbot* sowohl für den beruflichen als auch den ehrenamtlichen Bereich aussprechen. Dieses soll nach dem Wortlaut lebenslänglich gelten; ohne Überprüfungsmöglichkeit ist eine solche lebenslängliche Geltung gemäss bundesrätlicher Botschaft jedoch unverhältnismässig.³⁹⁰ Ausgeschlossen wird die Person von „Tätigkeiten, bei denen ein Kontakt mit Minderjährigen hergestellt werden kann, (...) sofern sie den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses mit den Kindern ermöglichen (Tätigkeiten als Lehrer, Betreuer, Mediator usw.). Hauswirtschaftliche Tätigkeiten in solchen Institutionen (Hauswart, Sekretär, Koch, Putzpersonal) sollten hingegen nicht verboten werden können.“³⁹¹

³⁸⁴ Siehe dazu auch Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8833.

³⁸⁵ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8820.

³⁸⁶ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8837.

³⁸⁷ BSK BV, Göksu, Art. 123c N 4.

³⁸⁸ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8837.

³⁸⁹ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8838.

³⁹⁰ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8839, 8843.

³⁹¹ Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819, S. 8840 f.

Konkretisiert wurde die Verfassungsnorm mit dem *Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot*, welches Änderungen des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes³⁹² und des Jugendstrafgesetzes³⁹³ einführte. Eine weitere Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Umsetzung von Art. 123c BV diskutiert zurzeit das Parlament.³⁹⁴

2.4.13. Opferhilfe (Art. 124 BV)

Die in der Verfassung verankerte Opferhilfe (Art. 124 BV), ein Gegenvorschlag zur Volksinitiative „zur Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen“, wurde am 2.12.1984 vom Stimmvolk angenommen. Demnach sorgen „Bund und Kantone (...) dafür, dass Personen, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Unversehrtheit beeinträchtigt worden sind, Hilfe erhalten und angemessen entschädigt werden, wenn sie durch die Straftat in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten.“

Gemäss Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative begründet die Bestimmung eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen: „Sie räumt dem Bund eine umfassende, nicht bloss auf Grundsätze beschränkte Kompetenz zur Gesetzgebung ein. Gleichzeitig auferlegt sie den Kantonen eine eigenständige Aufgabe und nicht nur die Beteiligung an der Erfüllung einer Bundesaufgabe.“³⁹⁵ Der Bund kam seinem Rechtsetzungsauftrag mit dem Opferhilfegesetz³⁹⁶ sowie Art. 117 StPO, Stellung des Opfers im Strafverfahren, nach (dazu Kap. III.3.7.6).

3. Gesetzes- und Verordnungsrecht des Bundes

3.1. Einleitung

Bundesgesetze können auf Anregung des Parlaments oder des Bundesrates *entstehen oder revidiert werden*. Gesetzesvorlagen werden in der Regel vom Bundesrat (seltener von parlamentarischen Kommissionen) entworfen und in die Vernehmlassung gegeben. Basierend darauf erarbeitet der Bundesrat einen Vorschlag zuhanden des Parlaments. Dieses berät das Gesetz – sofern darauf eingetreten wird – und nimmt meist Änderungen daran vor, bevor es das Gesetz verabschiedet oder ablehnt. Wird das Referendum gegen ein verabschiedetes Gesetz ergriffen, stimmt das Volk darüber ab. Bundesgesetze können ergänzt werden durch Verordnungen des Bundesrates, mit denen Einzelaspekte detaillierter geregelt werden.

Wie im vorhergehenden Kapitel zur Bundesverfassung gesehen, grenzt diese die Bereiche, in denen der Bund und die Bereiche, in denen die Kantone gesetzgeberisch tätig werden dürfen, voneinander ab (*Kompetenzverteilung*). Ein Bundesgesetz kann folglich nicht in einem Bereich erlassen werden, für den die Kantone zuständig sind. Soll in einem solchen Bereich eine gesamtschweizerische gesetzliche Regelung getroffen werden, so ist dem Bund erst durch die Änderung der

³⁹² Militärstrafgesetz (MStG) vom 13. Juni 1927, SR 321.0.

³⁹³ Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG) vom 20. Juni 2003, SR 311.1.

³⁹⁴ Botschaft Art. 123c BV, BBl 2016 6115; Detailberatung zur Umsetzung der Pädophilie-Initiative (16.048) abgeschlossen, Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 15.8.2017.

³⁹⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 341.

³⁹⁶ Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 23. März 2007, SR 312.5.

Bundesverfassung die entsprechende Kompetenz einzuräumen. Alternativ können sich aber auch die Kantone auf eine gemeinsame Regelung einigen, beispielsweise auf dem Weg des interkantonalen Vertrages (Konkordats).

SRHR werden von einer Vielzahl von Gesetzesbestimmungen auf Bundesebene tangiert respektive reguliert. Diese umfassend zu betrachten würde den Rahmen dieser Studie überschreiten. Die Selektion der im Folgenden betrachteten Themen basiert primär auf den fünf von der Eidgenössischen Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG) definierten Handlungsfeldern (Kap. III.3.4–8), an denen sich auch die Überschriften orientieren. Welche Aspekte eines jeden Handlungsfeldes einbezogen wurden, definierte SEXUELLE GESUNDHEIT Schweiz. Zu diesen fünf Kapiteln kommen zwei weitere hinzu: Einerseits eines zum Thema Sexarbeit (Kap. III.3.3), da Sexarbeit in keinem der Handlungsfelder allein verortet werden kann, und andererseits allgemeine Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen medizinischer Behandlung (Kap. III.3.2). Dieses Kapitel bietet allgemeine rechtliche Erläuterungen, die auch für medizinische Eingriffe im Bereich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit gelten. Die konkreten diesbezüglichen Fragen werden jedoch erst themenspezifisch in den nachfolgenden Kapiteln III.3.3–8 behandelt.

3.2. Medizinische Behandlung

3.2.1. Zulässigkeit medizinischer Behandlung und Behandlungspflicht

A. Aufgeklärte Einwilligung in medizinische Behandlungen

Die Vornahme einer medizinischen Behandlung setzt die aufgeklärte Einwilligung der betroffenen Person (*informed consent*) voraus. Dies ergibt sich daraus, dass jede medizinische Behandlung, auch ein indizierter und fachgerecht durchgeführter Heileingriff, in die psychische und physische Integrität eingreift – Grundrechts- und Persönlichkeitseingriffe, die rechtsgültig gerechtfertigt sein müssen (siehe Kap. III.2.2.3 und III.2.2.6). Auf Gesetzesebene beruht die privatrechtliche Voraussetzung der gültigen Einwilligung auf Art. 28 Abs. 2 ZGB, gemäss Bundesgericht allenfalls auch auf den vertragsrechtlichen Pflichten des Arztes als Beauftragter.³⁹⁷ Damit sie rechtsgültig erfolgt, muss die Einwilligung, so GÄCHTER/RÜTSCHÉ, folgende Elemente enthalten: „Urteilsfähigkeit des Betroffenen, rechtsgenügende Aufklärung, keine Willensmängel, Erteilung durch den Betroffenen oder eine vertretungsberechtigte Person, Erteilung vor dem Eingriff, Möglichkeit des freien Widerrufs, kein Verstoss gegen Art. 27 ZGB“.³⁹⁸

Mit dem *Aufklärungsgespräch* informiert die Ärzt_in die Patient_in oder die vertretungsberechtigte Person über die gestellte Diagnose inklusive Krankheitsschwere, den zu erwartenden Krankheitsverlauf ohne beziehungsweise mit der vorgeschlagenen Behandlung, den Eingriff inklusive den möglichen Erfolg und allfällige Komplikationen, allenfalls bestehende Alternativen, das therapiegerechte Verhalten der Patient_in (zum Beispiel korrekte Medikamenteneinnahme, Wundpflege, Rehabilitation) und über wirtschaftliche Folgen, insbesondere ob die Krankenpflegeversicherung leistungspflichtig ist oder nicht. Ziel der Aufklärung ist die Befähigung der Person, basierend auf der

³⁹⁷ Siehe BGE 108 II 59 E. 3 S. 62.

³⁹⁸ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, S. 74. Art. 27 ZGB regelt die übermässige Selbstbindung: „1 Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. 2 Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.“ Siehe auch BÜCHLER/MICHEL, S. 62 ff.

eigenen Werthaltung und selbstbestimmt zu entscheiden, ob und welche Behandlung durchgeführt werden soll. Entsprechend ist so aufzuklären, dass die Person die Informationen tatsächlich verstehen kann. Ist die aufzuklärende Person der lokalen Sprache nicht oder ungenügend mächtig, um die Aufklärung verstehen zu können, so ist eine Übersetzung sicherzustellen. Die Anforderungen an die Qualität der Übersetzung sind höher, „je schwerwiegender der Eingriff ist“.³⁹⁹ Die Kosten für die Übersetzung sind, so das Bundesgericht, nicht Teil der Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.⁴⁰⁰

Die Einwilligung muss zwingend von der Patient_in selbst erteilt werden, sofern ihre *Urteilsfähigkeit* in Bezug auf die betreffende Fragestellung bejaht wird. Urteilsfähig ist, so Art. 16 ZGB, „jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.“ Eine Person ist dann urteilsfähig in Bezug auf eine spezifische medizinische Behandlung, wenn sie die Informationen dazu verstehen und verarbeiten, das heisst auch, die kurz- und längerfristigen Vor- und Nachteile und deren Tragweite erfassen kann, sich basierend darauf einen eigenen Willen bilden und geleitet von diesem Willen handeln kann. Diese willensgeleitete Handlung ist entweder eine Ablehnung der oder eine Einwilligung in die medizinische Behandlung.

Urteilsfähigkeit ist demnach nicht an die Volljährigkeit oder an ein Mindestalter gebunden; auch *Minderjährige* können in Bezug auf eine medizinische Behandlung urteilsfähig sein. Diesfalls müssen sie selbst aufgeklärt werden und selbständig entscheiden (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Urteilsunfähige Minderjährige hingegen entscheiden nicht selbst, sondern die Einwilligung wird von der vertretungsberechtigten Person erteilt.⁴⁰¹ In erster Linie sind dies die Eltern (Art. 304 ZGB), allenfalls ein Vormund (Art. 327c Abs. 1 ZGB). Der Entscheid anstelle des Kindes muss jedoch zum Wohle der Gesundheit des Kindes getroffen werden, das heisst, die Massnahme muss medizinisch indiziert sein.⁴⁰² Die minderjährige Person ist altersgerecht in die Aufklärung einzubeziehen und ihre Meinung entsprechend ihrer Reife zu beachten (Art. 12 UN-KRK).

Die Vertretung von *urteilsunfähigen Erwachsenen* richtet sich nach Art. 378 Abs. 1 ZGB. Demnach erteilt oder verweigert der vorgesehenen medizinischen Massnahme die Zustimmung: erstens die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person, zweitens die Beistand_in mit einem entsprechenden Vertretungsrecht, drittens Ehegatt_innen respektive eingetragene Partner_innen, sofern sie einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führen oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leisten, viertens die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, fünftens die Nachkommen, sechstens die Eltern und als letztes die Geschwister. Bei Nachkommen, Eltern und Geschwistern wird auch regelmässig und persönlich geleisteter Beistand vorausgesetzt. Die vertretungsberechtigte Person hat ihren Entscheid stets am mutmasslichen Willen

³⁹⁹ KÜNZLI/ACHERMANN, Rz. 72.

⁴⁰⁰ Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 138/01 vom 31.12.2002. Zur Finanzierung der Übersetzung siehe auch BAG, Migration, S. 14 f.; KÜNZLI/ACHERMANN, Rz. 107 ff.

⁴⁰¹ Die (stellvertretende) Einwilligung in medizinische Behandlungen an Kindern und urteilsunfähigen Erwachsenen wurde im Rahmen der Neuordnung des Erwachsenenschutzes, Personenrechts und Kindesrechts revidiert. Diese Revision des Zivilgesetzbuches trat am 1.1.2013 in Kraft.

⁴⁰² Statt vieler: THOMMEN; WERLEN.

der Patient_in und an deren objektiven Interesse zu orientieren. Verweigert die vertretungsberechtigte Person die Einwilligung in unzulässiger Weise, so kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden.⁴⁰³

Die *Einwilligung* unterliegt keinen Formvorschriften, das heisst, sie muss nicht schriftlich erteilt werden. Da im Streitfall jedoch die Ärzt_in beweispflichtig ist für die korrekte Aufklärung und rechtsgültige Einwilligung, wird dies in der Praxis oft unterschriftlich festgehalten. Verzichtet werden kann auf die Einwilligung in Notfällen sowie bei gesetzlich vorgesehenen Zwangsbehandlungen wie beispielsweise zur Epidemienbekämpfung nach dem Epidemiengesetz.

B. Sorgfaltspflicht und Behandlungspflicht der Ärzt_innen

Die Ärzt_in schuldet der behandelten Person nicht einen bestimmten Erfolg, jedoch die sorgfältige Durchführung nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft (sogenannte *Lex artis*-Behandlung). Ein Abweichen vom medizinischen Standard ist nur nach entsprechender Aufklärung und mit informierter Einwilligung beziehungsweise auf Wunsch der urteilsfähigen Patient_in zulässig. Dieser steht es jedoch frei, auch einen im Auge der Ärzt_in nicht nachvollziehbaren und medizinisch nicht sinnvollen Entscheid zu treffen.

Bei der Behandlungspflicht ist zu unterscheiden zwischen frei praktizierenden Ärzt_innen und öffentlichen Spitälern, die Leistungen im Bereich der Grundversicherung erbringen. Die frei Praktizierenden unterliegen nur der Behandlungspflicht von Notfällen (Art. 40 lit. g MedBG⁴⁰⁴), die öffentlichen Spitäler hingegen einer allgemeineren Aufnahmepflicht im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und Kapazitäten (Art. 41a KVG⁴⁰⁵).

3.2.2. Krankenversicherung

A. Obligatorische Krankenpflegeversicherung

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) verankert für alle Krankenkassen verbindlich die Voraussetzungen der Kostenübernahme und den Leistungskatalog (Art. 34 KVG). Die Kostenübernahme erfolgt nach einheitlich festgelegten Tarifen, von denen weder die Leistungserbringenden noch die Versicherer abweichen dürfen (sogeannter Tarifschutz; Art. 44 KVG).

Die soziale Krankenversicherung gewährt nicht nur Leistungen bei Krankheit,⁴⁰⁶ sondern auch bei *Unfall*,⁴⁰⁷ soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt, und bei *Mutterschaft* inklusive strafloser

⁴⁰³ Zu minderjährigen Patient_innen und urteilsunfähigen volljährigen Patient_innen statt vieler: BÜCHLER/MICHEL, S. 93 ff.

⁴⁰⁴ Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG) vom 23. Juni 2006, SR 811.11.

⁴⁰⁵ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10.

⁴⁰⁶ „Krankheit ist“, so Art. 3 Abs. 1 ATSG, „jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.“

⁴⁰⁷ „Unfall ist“, so Art. 4 ATSG, „die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.“

Schwangerschaftsabbruch⁴⁰⁸. Bei sogenannten *Geburtsgebrechen*⁴⁰⁹ werden, sofern die Invalidenversicherung nicht leistungspflichtig ist, die Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit gedeckt.

Im Bereich der *Krankheiten* übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung

- die Kosten für diagnostische Leistungen und für Behandlungen, soweit diese dem Katalog in Art. 25 Abs. 2 KVG⁴¹⁰ entsprechen,
- „die Kosten für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind“ (Art. 26 KVG),
- bestimmte Pflegeleistungen (Art. 25a KVG) und
- in Ausnahmefällen zahnärztliche Behandlungen (Art. 31 KVG).

Die medizinischen Leistungen müssen, damit die Kosten von der Krankenpflegeversicherung getragen werden, stets *wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich* sein (Art. 32 KVG, die sogenannten WZW-Kriterien). Wirksam ist eine medizinische Leistung, so das Bundesgericht (BGE 133 V 115 E. 3.1 S. 116), „wenn sie objektiv geeignet ist, auf den angestrebten diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Nutzen hinzuwirken.“ Zweckmässig ist eine Leistung, die im zu betrachtenden Einzelfall medizinisch indiziert ist. Als wirtschaftlich gilt die kostengünstigste der wirksamen und zweckmässigen Leistungen, sofern überhaupt verschiedene Alternativen bestehen.⁴¹¹

Zulasten der Krankenpflegeversicherung können nur zugelassene *Leistungserbringer_innen*, bestimmte Berufsgruppen, tätig werden. Nach Art. 35 Abs. 2 KVG sind dies Ärzt_innen, Apotheker_innen, Chiropraktor_innen, Hebammen, Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag einer Ärzt_in Leistungen erbringen, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, Laboratorien, Abgabestellen für Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder Behandlung dienen, Spitäler, Geburtshäuser, Pflegeheime, Heilbäder, Transport- und Rettungsunternehmen sowie Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzt_innen dienen. Auf ärztliche Anordnung oder im ärztlichen Auftrag können Leistungen erbracht werden der Physiotherapie, Ergotherapie, Pflege, Logopädie und Ernährungsberatung (Art. 46 Abs. 1 lit. a–e KVV⁴¹²). Hebammen können als einziger nichtuniversitärer Medizinialberuf ohne Anordnung einer Ärzt_in zu Lasten der Allgemeinversicherung tätig werden.

⁴⁰⁸ „Mutterschaft umfasst“, so Art. 5 ATSG, „Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter.“

⁴⁰⁹ „Als Geburtsgebrechen gelten“ nach Art. 3 Abs. 2 ATSG „diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen.“

⁴¹⁰ „a. die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim, sowie die Pflegeleistungen, die in einem Spital durchgeführt werden von: 1. Ärzten oder Ärztinnen, 2. Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen, 3. Personen, die auf Anordnung oder im Auftrag eines Arztes oder einer Ärztin beziehungsweise eines Chiropraktors oder einer Chiropraktorin Leistungen erbringen; b. die ärztlich oder unter den vom Bundesrat bestimmten Voraussetzungen von Chiropraktoren oder Chiropraktorinnen verordneten Analysen, Arzneimittel und der Untersuchung oder Behandlung dienenden Mittel und Gegenstände; c. einen Beitrag an die Kosten von ärztlich angeordneten Badekuren; d. die ärztlich durchgeführten oder angeordneten Massnahmen der medizinischen Rehabilitation; e. den Aufenthalt im Spital entsprechend dem Standard der allgemeinen Abteilung; (...) ^fbis. den Aufenthalt bei Entbindung in einem Geburtshaus (Art. 29); g. einen Beitrag an die medizinisch notwendigen Transportkosten sowie an die Rettungskosten; h. die Leistung der Apotheker und Apothekerinnen bei der Abgabe von nach Buchstabe b verordneten Arzneimitteln.“

⁴¹¹ Zum Wirtschaftlichkeitskriterium bei fehlender Behandlungsalternative siehe BGE 136 V 395.

⁴¹² Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) vom 27. Juni 1995, SR 832.102.

In der Bestimmung der *Leistungen*, welche von der Krankenpflegeversicherung zu übernehmen sind, unterscheidet das Gesetz zwischen einerseits Ärzt_innen und Chiropraktor_innen und andererseits den übrigen zugelassen Leistungserbringenden. Von Ärzt_innen und Chiropraktor_innen erbrachte Leistungen sind grundsätzlich stets zu übernehmen (sogenannte Pflichtleistungsvermutung; Art. 33 Abs. 1 KVG). Nur medizinische Leistungen, die sich auf einer ergänzenden Negativliste befinden, unterfallen nicht der Leistungspflicht (siehe insbesondere die Liste Anhang 1 KLV⁴¹³). Bei nicht von Ärzt_innen oder von Chiropraktor_innen erbrachten Leistungen zur Diagnose und Behandlung von Krankheiten, Leistungen zur Prävention, Kontrolluntersuchungen während und nach der Schwangerschaft, Stillberatung und zahnärztlichen Behandlungen gilt das umgekehrte System: Diese werden nur übernommen, wenn sie explizit auf einer der sogenannten Positivlisten aufgeführt sind. Sowohl die Negativ- als auch die Positivlisten werden durch den Bundesrat abschliessend bestimmt. Nach dem Positivlistenprinzip richtet sich, mit Ausnahmen, auch, welche Medikamente und welche Mittel und Gegenstände übernommen werden.⁴¹⁴

Versicherte der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind in der Wahl der Ärzt_in frei (Art. 41 KVG), sofern nicht ein Versicherungsmodell mit eingeschränkter *Wahl der Leistungserbringer_in* gewählt wurde (Art. 62 Abs. 1 KVG). Spitäler, Pflegeheime und Geburtshäuser müssen für stationär erbrachte Leistungen auf der Spitalliste sein (Art. 39 und 41 KVG, Art. 55a KVV). Die Wahlmöglichkeiten beschränken sich im Grundsatz auf die Schweiz (Territorialitätsprinzip). Leistungen im Ausland werden nur übernommen bei Vorliegen eines Notfalles und wenn die Angebote in der Schweiz mit unzumutbar höheren Risiken verbunden sind als diejenigen im Ausland (Art. 34 KVG, Art. 36 ff. KVV).⁴¹⁵

B. Zusatzversicherungen

Diese in Kap. III.3.2.2.A. erläuterten gesetzlichen Vorgaben gelten nur im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, nicht aber für die freiwilligen Zusatzversicherungen. Zusatzversicherungen unterliegen den Regeln des privatrechtlichen Vertragsrechts und dem VVG. Ob, mit wem und zu welchen Bedingungen ein solcher Versicherungsvertrag abgeschlossen wird, unterliegt dem freien Entscheid sowohl der Versicherung als auch der (potentiellen) Versicherungsnehmenden. Insbesondere besteht kein Aufnahmewang für die Versicherungen. Grund- und Zusatzversicherungen können bei unterschiedlichen Versicherungen abgeschlossen werden.

3.2.3. Geheimnisschutz

Gesundheitsbezogene Informationen generell sowie bezogen auf sexuelle und reproduktive Rechte sind besonders sensible und entsprechend besonders schützenswerte Daten. Diese werden einerseits durch das Strafrecht, andererseits datenschutzrechtlich geschützt (siehe Kap. II.2.7.2 und III.2.2.6).

⁴¹³ Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV) vom 29. September 1995, SR 832.112.31.

⁴¹⁴ Die Spezialitätenliste der Arzneimittel sowie die Mittel- und Gegenständeliste sind abrufbar unter <www.bag.admin.ch> Themen > Versicherungen > Krankenversicherung > Leistungen und Tarife (besucht: 17.7.2017).

⁴¹⁵ Ein solches unzumutbares Risiko bejahte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Waadt für die genitalangleichende Operation einer Transfrau: Cour des assurances sociales Vaud, ZE09.036546, Arrêt du 9.12.2015.

A. Straf- und privatrechtlicher Geheimnisschutz

Strafrechtlich schützt primär das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB vor der Weitergabe medizinischer Informationen. Nach dessen Ziff. 1 werden „(...) Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, (...) auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“⁴¹⁶ Als Geheimnis gilt auch bereits die Tatsache, dass die Person die Gesundheitsfachkraft aufgesucht hat. Urteilsfähige Minderjährige entscheiden selbst über Schutz und Weitergabe ihrer medizinischen Geheimnisse. Sind sie urteilsunfähig, so treten die gesetzlichen Vertreter_innen an ihre Stelle. Willigt die betroffene Person in die Geheimnisoffenbarung ein oder entbindet die vorgesetzte Behörde oder Aufsichtsbehörde die Berufsperson vom Berufsgeheimnis, so ist die Tat nicht strafbar (Art. 321 Ziff. 2 StGB). Der Geheimnisschutz kann überdies eingeschränkt werden durch gesetzliche Auskunfts- und Meldepflichten, beispielsweise nach dem Epidemiengesetz, sowie Anzeigerechte (Art. 321 Ziff. 3 StGB). Das Berufsgeheimnis wirkt über das Ende der beruflichen Tätigkeit oder die Praxisaufgabe hinaus.

Die privatrechtliche Geheimhaltungspflicht der Leistungserbringenden ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis (Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR; Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB). Auf privatrechtliche Behandlungsverhältnisse findet zudem das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)⁴¹⁷ Anwendung, auf öffentlichrechtliche Behandlungsverhältnisse das jeweilige kantonale Datenschutzrecht.⁴¹⁸ Gleichfalls dem Datenschutzgesetz unterliegt die Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 2 DSG).

B. Datenschutzpflicht der Krankenversicherungen

Nebst der Erbringer_in der medizinischen Leistung gelangen gesundheitsbezogene Daten auch den Krankenversicherungen zur Kenntnis. Die Datenbearbeitung durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung muss sich auf das zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Versicherung erforderliche Minimum beschränken (Art. 84 KVG i. V. m. Art. 6a Abs. 3 KVV; Art. 4 Abs. 3 DSG).⁴¹⁹ Die mit diesen Aufgaben beschäftigten Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 33 ATSG); Ausnahmen von dieser Schweigepflicht statuiert Art. 84a KVG. Unzulässig ist insbesondere auch die Weitergabe medizinischer Daten von der Grundversicherung an private Zusatzversicherungen desselben Anbieters.⁴²⁰

C. Schutz der Gesundheitsdaten Minderjähriger

Urteilsfähige Minderjährige entscheiden, wie gesehen, selbst, ob und wem gegenüber sie die Ärzt_in vom Berufsgeheimnis entbinden wollen. Insbesondere dürfen ihre gesundheitsbezogenen

⁴¹⁶ Mit dem Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG) vom 30. September 2016, BBl 2016 7599, wird die Liste in Art. 321 Ziff. 1 StGB wie folgt verändert: „Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen, Pflegefachpersonen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Ernährungsberater, Optometristen, Osteopathen (sic!) sowie ihre Hilfspersonen“.

⁴¹⁷ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

⁴¹⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, S. 84. Bei öffentlichrechtlichen Behandlungsverhältnissen kommt der Schutz der persönlichen Freiheit dazu nach Art. 10 BV.

⁴¹⁹ Dazu auch BGE 133 V 359 E. 6.4.

⁴²⁰ ECKHARDT et al., S. 125.

Informationen, wozu auch Arztrechnungen gehören, nicht an Angehörige oder gesetzliche Vertreter_innen weitergegeben werden ohne Einwilligung.⁴²¹ Dies ist in der praktischen Umsetzung jedoch vor allem dann herausfordernd, wenn die Minderjährigen über ihre Eltern krankenversichert sind und diese die (Ab-)Rechnungen erhalten und begleichen.

3.3. Sexarbeit

Primär geregelt wird Sexarbeit⁴²² auf Bundesebene durch das Strafrecht,⁴²³ welches die zulässigen von den unzulässigen Formen der Sexarbeit unterscheidet. Ergänzend dazu können die Kantone Vorschriften über Ort, Zeit oder Art der Ausübung von Sexarbeit sowie über die Verhinderung belästigender Begleiterscheinungen (beispielsweise Lärmemissionen) erlassen (Art. 199 StGB). Mit der entsprechenden Delegation des Kantons können solche Vorschriften auch von den Gemeinden erlassen werden.⁴²⁴

Verschiedene Regelungen ausserhalb des Strafrechts, insbesondere Regelungen des Ausländerrechts, wirken sich aber ebenso auf die Situation von Sexarbeiter_innen aus. So gehen beispielsweise Fachorganisationen davon aus, dass die Abschaffung des Cabaret-Tänzerinnen-Statuts Personen aus Drittstaaten den legalen Arbeitsaufenthalt entzieht und sie in die Sexarbeit unter noch prekäreren Arbeitsbedingungen drängt.⁴²⁵ Oder dass Sexarbeiter_innen, die mit einer Schweizer_in verheiratet sind, häufiger vorgeworfen wird, zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts geheiratet zu haben.⁴²⁶ Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren jedoch auf die strafrechtlichen Vorgaben, die explizit Sexarbeit regulieren.

In Erfüllung verschiedener Postulate publizierte der Bundesrat im Juni 2015 den Bericht „Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung“.⁴²⁷ Dieser bietet auch einen ausführlichen Überblick über die Regelung der Sexarbeit in der Schweiz sowie einen Katalog möglicher Massnahmen.

3.3.1. Begriffsdefinition

Sexarbeit definiert das Bundesgericht wie folgt (BGE 129 IV 71 E. 1.4): „Prostitution besteht im gelegentlichen oder gewerbsmässigen Anbieten und Preisgeben des eigenen Körpers an beliebige Personen zu deren sexueller Befriedigung gegen Geld oder geldwerte Leistungen (Botschaft, BBl 1985 II 1082 f.). Es genügt grundsätzlich jede hetero- oder homosexuelle Handlung, mit der ein Kunde oder eine Kundin über einen körperlichen Kontakt befriedigt werden soll. Prostitution liegt schon vor, wenn sich das Opfer erst vereinzelt in der oben umschriebenen Weise Dritten angeboten und hingegeben hat. Es ist somit nicht erforderlich, dass die Prostitution regelmässig ausgeübt wird und für das Opfer zu einer eigentlichen Lebensform geworden ist, es sich also unbestimmt

⁴²¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, S. 86.

⁴²² Der Terminus Sexarbeit wird verwendet, da es sich um eine Arbeitsform handelt. „Prostitution“ wird nur in Zitaten verwendet, denn der Begriff wird insbesondere von Personen, die Sexarbeit machen, abgelehnt.

⁴²³ Zur Sexarbeit im Strafrecht siehe z. B. HEINZL.

⁴²⁴ Siehe BGE 124 IV 64.

⁴²⁵ Statt vieler: Eidgenössische Migrationskommission: Cabaret-Tänzerinnen-Statut nicht aufheben, Stellungnahme vom 25.9.2012, abrufbar unter: <<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home.html>> Aktuell > Stellungnahmen > Stellungnahmen 2012 > Cabaret-Tänzerinnen-Statut nicht aufheben (besucht: 5.7.2017).

⁴²⁶ <<http://www.fiz-info.ch/de/Home>> Themen > Sexarbeit (besucht: 5.7.2017).

⁴²⁷ Bundesrat, Prostitution.

vielen Personen im Sinne eines (Haupt- oder Neben-)Erwerbs anbietet“. Begriffsnotwendig ist der körperliche Kontakt, wodurch beispielsweise erotische Dienstleistungen am Telefon oder online nicht erfasst werden, jedoch die Massage des Genitals eines Kunden oder einer Kundin (BGE 121 IV 86 E. 2a). Unter diesen bundesgerichtlichen Begriff der „Prostitution“ kann auch die Arbeit von sogenannten Berührer_innen fallen, die Menschen mit Behinderung sexuell konnotierte körperliche Begegnungen anbieten.

3.3.2. Zulässige Sexarbeit und Sittenwidrigkeit des Vertrages

Strafrechtlich zulässig ist die *selbstbestimmte Sexarbeit von Volljährigen*, die als wirtschaftliche Tätigkeit durch das verfassungsmässige Recht auf Wirtschaftsfreiheit geschützt wird.⁴²⁸ Eingeschränkt werden kann diese bundesrechtlich zulässige Sexarbeit jedoch durch kantonale Vorschriften über Ort, Zeit oder Art ihrer Ausübung;⁴²⁹ solche kantonalen oder auch kommunalen Vorschriften dürfen die legale Sexarbeit jedoch nicht unverhältnismässig einschränken.⁴³⁰ Ein Zuwiderhandeln gegen diese kantonalen oder kommunalen Vorschriften wird mit Busse bestraft (Art. 199 StGB). Dies bedeutet auch, dass Kantone und Gemeinden keine anderen Strafen als Bussen auferlegen können.

Der *Vertrag* zwischen der Person, die Sexarbeit anbietet, und der Kund_in gilt, so die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts, als *sittenwidrig* und wird daher vertragsrechtlich behandelt, als ob er nie geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 1 OR).⁴³¹ Diese Qualifizierung ist jedoch umstritten. So stufte das Bezirksgericht Horgen in einem Entscheid von 2013 den Vertrag zwischen Sexarbeitenden und Kunden als nicht sittenwidrig ein⁴³² und auch der Kanton Bern anerkenne in seiner Gesetzgebung aus dem Jahr 2013 die Verträge als rechtsgültig. Dieselbe Haltung, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht mehr der heutigen Werthaltung entspreche, und daher zu erwarten sei, „dass das Bundesgericht bei Gelegenheit diesen Schritt nachvollziehen“ werde, vertritt überdies auch der Bundesrat in seinem Bericht von 2015, weshalb keine explizite gesetzliche Regelung durch den Bund erforderlich sei.⁴³³

Gilt der Vertrag als sittenwidrig und damit als nichtig, wird es der Person, die Sexarbeit leistet, verunmöglicht, auf dem Rechtsweg die Gegenleistung einzufordern. Umgekehrt kann nach geleisteter Vorabzahlung jedoch auch die sexuelle Dienstleistung nicht rechtlich eingefordert werden. Nicht als sittenwidrig gelten erotische Dienstleistungen am Telefon (BGE 129 III 604 E. 5.3 S. 617).

Unbesehen dieser Qualifizierung als unsittlich werden Einkommen und Vermögen aus Sexarbeit, gleich dem Erwerb aus anderer Arbeit, besteuert⁴³⁴ und bei unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit besteht Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufalls (BGE 111 II 295 E. 2).

⁴²⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26.10.2011 E. 2.3.

⁴²⁹ So beispielsweise durch die Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich vom 7.3.2012. Kritisch dazu: <<http://fiz-info.ch/de/Themen/Sexarbeit>> (besucht: 3.10.2016).

⁴³⁰ BGE 124 IV 64; 137 I 167 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26.10.2011 E. 2.4.

⁴³¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26.10.2011 E. 2.3: „Es ist weiterhin davon auszugehen, dass die Unsittlichkeit des auf entgeltlichen Geschlechtsverkehr gerichteten Prostituiertenvertrags zu bejahen ist“. Eingehend dazu: HÜRLIMANN.

⁴³² Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, FV120047 vom 9. Juli 2013 E. 2.1.3.

⁴³³ Bundesrat, Prostitution, S. 19.

⁴³⁴ BGE 111 II 295 E. 2d S. 300; 137 I 167 E. 3.1 S. 172 zu Wirtschaftsfreiheit und zulässigem Betrieb von Prostitutionsunternehmen; Urteil des Bundesgerichts 2C_426/2008 vom 18.02.2009 E. 3 zur Mehrwertsteuer; Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26.10.2011 E. 2.3.

Rechtlich problematisch ist sodann der *Vertrag zwischen einer Sexarbeiter_in und der Betreiber_in eines Salons*. Nach Ansicht des Bundesrates kann kein klassischer Arbeitsvertrag abgeschlossen werden, da das dem Arbeitsvertrag stets inhärente Weisungsrecht der Arbeitgeber_in die Autonomie der Sexarbeiter_in in unzulässiger Weise verletzen würde. Als mögliche Lösungen diskutiert der Bundesrat den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Arbeitsbedingungen, innerhalb dessen die Arbeitnehmer_in stets frei entscheidet, welche Aufträge sie annimmt, sowie einen „Mustervertrag (auf der Basis der Selbständigkeit) mit Elementen zum Schutz der Prostituierten“.⁴³⁵

3.3.3. Unzulässige Sexarbeit Minderjähriger

Für unzulässig erklärt das *Strafrecht* jegliche Sexarbeit, die entweder nicht von Volljährigen oder nicht selbstbestimmt ausgeübt wird.

Bei der Sexarbeit mit Minderjährigen machen sich sowohl Kund_innen (Art. 196 StGB)⁴³⁶ als auch Personen, die Minderjährige der Sexarbeit zuführen oder deren Sexarbeit mit der Absicht fördern, Vermögensvorteile zu erlangen (Art. 195 lit. a StGB), strafbar.⁴³⁷ Zuführen ist bei Minderjährigen gemäss Bundesgericht „bereits bei einem blossen Überreden zu bejahen“, wenn „ein älterer oder sonst überlegener Täter die Jugendlichkeit des Opfers ausnützt.“ Bei minderjährigen Sexarbeitenden wird leichter ein strafbares Zuführen bejaht als bei erwachsenen (siehe nachfolgend), denn sie sollen „vor ihrem eigenen Unverstand“ geschützt werden (BGE 129 IV 71 E. 2.3). Wer die Tat der Förderung der Minderjährigenprostitution im Ausland begangen hat und sich in der Schweiz befindet, ist gleichfalls dem Schweizer Strafrecht unterworfen (Art. 5 Abs. 1 StGB). Eine Verurteilung aufgrund der Förderung der Minderjährigenprostitution, die mit einer bestimmten Mindeststrafe geahndet wird, führt zu einem zehnjährigen Verbot jeder beruflichen oder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 StGB).

Nicht strafbar machen sich die minderjährigen Sexarbeitenden selbst.

Die Jugendlichen werden zudem *arbeitsrechtlich* von Sexarbeit ausgeschlossen. Nach Art. 4 Abs. 1 Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5,⁴³⁸ dürfen Arbeitnehmende bis zum vollendeten 18. Altersjahr geschlechtsunabhängig nicht für gefährliche Arbeiten beschäftigt werden. „Prostitution, Herstellung von Pornografie oder pornografische Darbietungen“ gelten explizit als solche verbotene gefährliche Arbeiten (Art. 1 lit. b Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche⁴³⁹).

⁴³⁵ Bundesrat, Prostitution, S. 20 f.

⁴³⁶ Art. 196 StGB: „Wer mit einer minderjährigen Person sexuelle Handlungen vornimmt oder solche von ihr vornehmen lässt und ihr dafür ein Entgelt leistet oder verspricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“

⁴³⁷ Die strafrechtliche Regelung der Minderjährigensexarbeit wurde revidiert aufgrund des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, 2007 (Lanzarote-Konvention). Dabei wurde auch die Inanspruchnahme sexueller Dienste Minderjähriger zwischen 16 und 18 Jahren gegen Entgelt unter Strafe gestellt (Inkrafttreten am 1.7.2014).

⁴³⁸ Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5) vom 28. September 2007, SR 822.115.

⁴³⁹ Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche vom 4. Dezember 2007, SR 822.115.2.

3.3.4. Unzulässigkeit der fremdbestimmt ausgeübten Sexarbeit Erwachsener

Im Bereich der Erwachsenen-Sexarbeit konzentriert sich das Strafrecht vorab darauf, dass Sexarbeit nur *selbstbestimmt* ausgeübt wird. Strafbar macht sich daher nach Art. 195 StGB, wer „eine Person unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit oder wegen eines Vermögensvorteils der Prostitution zuführt“ (lit. b), wer „die Handlungsfreiheit einer Person, die Prostitution betreibt, dadurch beeinträchtigt, dass er sie bei dieser Tätigkeit überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt“ (lit. c) und wer „eine Person in der Prostitution festhält“ (lit. d). Gemäss Bundesgericht schützt die Bestimmung sowohl Personen davor, „gegen ihren Willen dazu gebracht zu werden, sich zu prostituieren, als auch die Entscheidungsfreiheit von Personen, die bereits als Prostituierte arbeiten“ (BGE 129 IV 71 E. 1.3 S. 75).

Die Tathandlung des *Zuführens* (Art. 195 lit. b StGB) setzt bei erwachsenen Sexarbeitenden ein stärkeres Einwirken voraus als bei Minderjährigen. Die Täterschaft muss gezielt auf das Opfer einwirken und dadurch „dessen Willens- und Handlungsfreiheit nennenswert beeinträchtigen“; allein die Gelegenheit zu Sexarbeit zu schaffen oder Möglichkeiten dazu aufzuzeigen sind nicht strafbar nach Art. 195 lit. b StGB. Zugeführt werden können auch ehemalige Sexarbeitende.⁴⁴⁰

Betreffend der *Einschränkung der Handlungsfreiheit* von Sexarbeitenden (Art. 195 lit. c StGB) hatte das Bundesgericht bereits diverse Sachverhalte zu beurteilen.⁴⁴¹ Entscheidend ist, so das Bundesgericht (BGE 129 IV 81 E. 1.2), „dass auf die betroffene Person ein gewisser Druck ausgeübt wird, dem sie sich nicht ohne weiteres entziehen kann, so dass sie in ihrer Entscheidung, ob und wie sie dem Gewerbe nachgehen will, nicht mehr vollständig frei ist, und dass die Überwachung oder die bestimmende Einflussnahme ihrem Willen oder ihren Bedürfnissen zuwiderläuft (...)“. So ist allein das Führen eines „Bordells“ keine strafbare Einschränkung der Handlungsfreiheit der Sexarbeitenden; relevant sind die Arbeitsbedingungen im Einzelfall (BGE 126 IV 76 E. 2). Jedoch ist nicht entscheidend, ob sich die Sexarbeitenden „auf die Ausbeutung einlassen“. Geschützt werden sollen explizit auch Personen, „die aufgrund ihrer ausweglosen oder gar verzweifelten wirtschaftlichen und sozialen Lage in ihrem Herkunftsland bereit sind, auf ihre Handlungsfreiheit zeitweise zu verzichten“ (BGE 129 IV 81 E. 1.4).

Der Tatbestand des *Festhaltens* in der Sexarbeit (Art. 195 lit. d StGB) setzt den Willen des Opfers, die Sexarbeit aufzugeben, voraus sowie den entgegenstehenden Druck des Täters oder der Täterin. Wird die Freiheit, einen solchen Willen erst bilden zu können, eingeschränkt, so ist dies eine Kontrolle der Tätigkeit und nicht ein Festhalten in der Sexarbeit (BGE 129 IV 81 E. 2.3).

Eine Verurteilung wegen „Förderung der Prostitution“, so die Marginale von Art. 195 StGB, begangen an einem *volljährigen, besonders schutzbedürftigen Opfer*⁴⁴² zieht, gleich wie bei Minderjährigen, ein Tätigkeitsverbot von zehn Jahren nach sich (Art. 67 Abs. 4 StGB). Verboten wird jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu volljährigen, besonders schutzbedürftigen Personen umfasst.

⁴⁴⁰ BGE 129 IV 71 E. 1.4, m. w. H.

⁴⁴¹ Eine Zusammenfassung verschiedener Fälle findet sich in BGE 129 IV 81 E. 1.2

⁴⁴² Die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag, BBl 2012 8819, führt nicht aus, was unter besonders schutzbedürftigen Opfern verstanden wird. Einziges angeführtes Beispiel sind sehr kranke und alte Personen (S. 8850).

Ergänzend zum Strafgesetzbuch pönalisiert das *Militärstrafgesetz* aufgenötigte Sexarbeit im Zusammenhang mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 109 Abs. 1 lit. g MStG) und Kriegsverbrechen (Art. 112a Abs. 1 lit. b MStG).

3.3.5. Präventionsmassnahmen zum Schutz von Sexarbeiter_innen

Präventive Massnahmen zum Schutz von Sexarbeitenden vor Straftaten kann der Bund finanziell unterstützen. Zugesprochen werden können diese Finanzhilfen an private oder staatliche Organisationen mit Sitz in der Schweiz für in der Schweiz durchgeführte Massnahmen (Art. 1 Verordnung über Massnahmen zur Verhütung von Straftaten im Zusammenhang mit Prostitution⁴⁴³). Nach Art. 5 der Verordnung können Massnahmen unterstützt werden, die auf eine möglichst grosse Breiten- und Multiplikationswirkung angelegt sind, auf Langfristigkeit und Nachhaltigkeit ausgerichtet sind und eine dem Umfang der Massnahme angepasste Evaluation der Durchführung und der Wirkung vorsehen. Nicht unterstützt werden Massnahmen, die politische Aktivitäten und Lobbyarbeiten beinhalten oder die ein längerfristiges finanzielles Engagement des Bundes bedingen würden.

3.4. Förderung, Erhalt und Wiederherstellung der sexuellen Gesundheit als Teil der psychischen Gesundheit

3.4.1. Geschlechtsmerkmale, Geschlechtsidentität, Geschlechtsausdruck und sexuelle Orientierung

Menschen, die aufgrund ihrer körperlichen Geschlechtsmerkmale, ihrer Geschlechtsidentität, der Art, wie sie ihr Geschlecht zum Ausdruck bringen, oder ihrer sexuellen Orientierung zu einer Minderheit gehören, befürchten oder erhalten darauf auch in der Schweiz Reaktionen, die sich negativ auf ihre psychische Gesundheit auswirken können.⁴⁴⁴ Solchen Reaktionen kann das Recht präventiv oder sanktionierend entgegengetreten. Das Schweizer Recht enthält jedoch fast keine ausdrücklichen Regelungen zum Schutz oder zur Gleichbehandlung von LGBTI-Personen und auch die institutionelle Verankerung fehlt weitgehend.⁴⁴⁵

A. Diskriminierungsschutz, Schutz der Persönlichkeit und Zugang zur Justiz von LGBTI-Menschen

Gegen *Diskriminierung* aufgrund der Geschlechtsmerkmale, der Geschlechtsidentität, des Geschlechtsausdrucks oder der sexuellen Orientierung bietet das Schweizer Recht nur einen punktuellen Schutz: Einerseits durch das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV im Bereich der Diskriminierung durch staatliche Akteur_innen (siehe Kap. III.2.2.2) sowie andererseits durch das Gleichstellungsgesetz gegen Diskriminierung im Erwerbsleben. Wie sich nachfolgend zeigen wird, sind der Diskriminierungsschutz und die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes jedoch zumindest teilweise umstritten oder noch nicht eindeutig geklärt. Ausserhalb des Erwerbslebens be-

⁴⁴³ Verordnung über Massnahmen zur Verhütung von Straftaten im Zusammenhang mit Prostitution vom 18. November 2015, SR 311.039.4.

⁴⁴⁴ Siehe hierzu das Minority Stress Model sowie zur erhöhten Suizidversuchsrate: BAG, Suizidprävention, S. 14.

⁴⁴⁵ GROHSMANN, Diskriminierung, S. 2.

steht im Privatrecht kein Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsmerkmale, -identität, des Geschlechtsausdrucks und der sexuellen Orientierung.⁴⁴⁶ Ob diese Lücke geschlossen werden soll, ist immer wieder Gegenstand der politischen Diskussion.⁴⁴⁷

Geschlechtsmerkmale, -identität, -ausdruck und sexuelle Orientierung sind alles Merkmale der zivilrechtlich geschützten *Persönlichkeit* (Art. 27 ff. ZGB).

Auch dort, wo das Recht LGBTI-Personen Mittel an die Hand gibt, erweist sich der *Zugang zur Justiz*, so MÄDER/DE PIETRO/AMACKER, als schwierig: „Schliesslich weisen Fachpersonen auch auf die Besonderheit hin, dass sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und Geschlechtsvarianten höchstpersönliche Angelegenheiten sind. Im Falle eines rechtlichen Verfahrens würden somit intime und grundlegende Fragen der eigenen Identität Gegenstand der Verhandlungen werden und im Fokus der Aufmerksamkeit stehen. (...) Hinzu kommt, dass sich je nach Konstellation die betroffene Person durch die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auch im eigenen Lebenskontext outen muss. Möchte sie dies nicht, kann sie kein gerichtliches Verfahren anstreben. Dies führt nach Einschätzung der befragten Expert_innen in vielen Fällen dazu, dass sich Betroffene dagegen entscheiden.“⁴⁴⁸

B. Asexualität

Asexualität kann beschrieben werden als die Abwesenheit des Wunsches nach Sexualität.⁴⁴⁹ Ob dies einhergeht mit dem „Wunsch, mit einem Menschen eine enge Bindung einzugehen“ oder nicht (Aromantik), und wenn ja, mit Menschen welchen Geschlechts beziehungsweise welcher Geschlechter solche Beziehungen gewünscht werden, ist individuell verschieden. Auch „im Hinblick auf die Stärke ihrer sexuellen Erregbarkeit bzw. der Häufigkeit von erlebter Erregung“ unterscheiden sich asexuelle Menschen untereinander stark.⁴⁵⁰

Bisher scheint sich die (Schweizer) Rechtswissenschaft nicht oder nur sehr marginal mit dem Thema Asexualität beschäftigt zu haben.⁴⁵¹ Die Auswahl der im Folgenden angesprochenen Themen beruht auf einem kurzen Austausch mit Usern des deutschsprachigen Forums für Asexualität <aven-forum.de>; eine vertiefte Auseinandersetzung kann im Rahmen dieser Bestandsaufnahme nicht geleistet werden. Entsprechend sind die Lösungsvorschläge als Beiträge zu einer möglichen rechtswissenschaftlichen Diskussion über Asexualität zu verstehen.

Auf die Abwesenheit des Wunsches nach Sexualität oder Beziehung und auf die Ablehnung jeglicher sexueller Avancen erfahren asexuelle Menschen Reaktionen wie *Ehrverletzungen*, *Diskriminierung*, *Mobbing*, (*sexuelle*) *Belästigung* bis hin zu *Vergewaltigung*, insbesondere in der Form von

⁴⁴⁶ Eingehender dazu: GROHSMANN, Diskriminierung.

⁴⁴⁷ Vergleiche dazu 16.3626 – Motion Kommission für Rechtsfragen NR, Konkreter Aktionsplan für den Schutz vor Diskriminierung, vom 18.08.2016, abgelehnt am 15.3.2017.

⁴⁴⁸ MÄDER/DE PIETRO/AMACKER, S. 21.

⁴⁴⁹ Asexualität wird oft auch als sexuelle Orientierung bezeichnet. In dieser Studie wird Asexualität dennoch nicht in das Kapitel sexuelle Orientierung eingeordnet, um eine Vermischung insbesondere mit Homo- und Bisexualität zu vermeiden.

⁴⁵⁰ <<http://www.asexuality.org/de/>> Über Asexualität (besucht: 24.10.2016).

⁴⁵¹ Eine Suche auf <swisslex.ch> (besucht: 24.10.2016) unter dem Stichwort „Asexualität“ ergibt einen Treffer, unter dem Stichwort „asexuell“ sechs Treffer, die sich jedoch allesamt nicht dem Thema Asexualität zuwenden. Vergleichbar fällt die Suche nach Literatur auf <swissbib.ch> aus.

„corrective rape“⁴⁵². Diese können, beispielsweise als Beschimpfung oder Sexualdelikte, strafrechtlich relevant sein. Insbesondere bei Sexualdelikten ist zu beachten, dass bei einer asexuellen Person grundsätzlich von einer nicht-einvernehmlichen Handlung ausgegangen werden muss. Im öffentlich-rechtlichen Diskriminierungsschutz, vorab Art. 8 Abs. 2 BV, wird Asexualität unter das Merkmal der Lebensweise zu subsumieren sein. Im Bereich des Erwerbslebens erscheint die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes zumindest in Fällen von sexueller Belästigung (Art. 4 GIG) einer asexuellen Person, allenfalls auch anderer Diskriminierungsformen aufgrund der Asexualität, denkbar.

Asexualität, insbesondere bestimmten Ausprägungen davon, wird Krankheitswert zugeschrieben.⁴⁵³ Veränderungstherapien oder *medizinische Behandlungen* wie Hormongaben⁴⁵⁴ sind jedoch unabhängig von einer solchen Klassifikation unzulässig, wenn das betreffende Individuum keinen Behandlungsbedarf hat und entsprechend nicht freiwillig in die Behandlung einwilligt (siehe Kap. III.3.2.1). Es erscheint folgerichtig, dass Behandlungen von Asexualität rechtlich gleich wie Veränderungstherapien bei LGBTI-Personen zu beurteilen sind, welche der UN-Sonderberichterstatte über Folter als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung qualifizierte.⁴⁵⁵

Asexuelle Menschen und / oder ihre Partner_innen mit Kinderwunsch könnten sich diesen allenfalls unter Zuhilfenahme der *Fortpflanzungsmedizin* erfüllen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a FMedG darf ein Fortpflanzungsverfahren jedoch nur angewendet werden, wenn damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind. Unfruchtbarkeit wird dabei, so die Botschaft, eingegrenzt auf das Ausbleiben einer Schwangerschaft „trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs innerhalb eines oder zweier Jahre“.⁴⁵⁶ Dadurch wird asexuellen Menschen der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin de jure versperrt. Ob der regelmässige ungeschützte Geschlechtsverkehr de facto jedoch auch explizit erfragt oder gar kontrolliert wird oder ob die Behandlung möglich werden kann unter der Prämisse, dass die Asexualität verschwiegen wird, muss hier offengelassen werden.

Besteht Verdacht darauf, dass eine *Ehe zur Umgehung des Ausländerrechts* geschlossen werden soll und „die Verlobten keine enge und dauerhafte eheliche Lebensgemeinschaft eingehen“⁴⁵⁷ wollen, so kann der Eheschluss verweigert werden (Art. 97a ZGB, siehe Kap. II.2.10.1). Fraglich ist, was eine „eheliche Lebensgemeinschaft“ ausmacht, ob Sexualität zwingender Bestandteil davon ist. Das Bundesgericht verneint dies; die „Bettgemeinschaft“, eine gemeinsam gelebte Sexualität, sei kein zwingendes Merkmal einer Ehe.⁴⁵⁸ Sexualität als zwingendes Element der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verstehen, mit Blick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung grundsätzlich ein kritisches Unterfangen, missachtet insbesondere das Recht von asexuellen Menschen

⁴⁵² Unter „corrective rape“ werden Sexualstraftaten verstanden, welche die Täterschaft damit begründet, dass dadurch die nicht-heteronormative sexuelle Orientierung oder die nicht-cisnormative Geschlechtsidentität des Opfers gewaltsam „korrigiert“ werden soll.

⁴⁵³ So in ICD-10 F52.0 Mangel oder Verlust von sexuellem Verlangen.

⁴⁵⁴ Wie solche Behandlungen aus medizinischer und ethischer Sicht betrachtet werden kann hier nicht weiter erforscht werden.

⁴⁵⁵ UN HRC, A/HRC/22/53, Ziff. 76, 79.

⁴⁵⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205, S. 255.

⁴⁵⁷ Botschaft AuG, BBl 2002 3709, S. 3755.

⁴⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 5C.135/2002 vom 2. Juli 2002, E. 2.5. Siehe dazu auch SPESCHA, grenzüberschreitende Spannungsverhältnisse, insbesondere S. 101, 106.

auf ein Leben entsprechend ihrer Lebensweise im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit im engeren Sinne) sowie Art. 13 Abs. 1 BV (Recht auf Achtung des Privatlebens). Im Resultat würde dadurch in unzulässiger Weise ein Dilemma kreiert zwischen dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und dem Recht auf Ehe.

Erleidet oder befürchtet eine asexuelle Person in ihrem Herkunftsstaat Verfolgung, kann sie um Asyl ersuchen. Vor dem Hintergrund der UNHCR-Guidelines zu Asylgesuchen basierend auf der sexuellen Orientierung und / oder der Geschlechtsidentität⁴⁵⁹ ist davon auszugehen, dass asexuelle Menschen als Angehörige einer sozialen Gruppe anzuerkennen sind. Bei der ausgeübten Gewalt bestehen vermutlich Parallelen zwischen LGBTI-Menschen und Asexuellen, da alle Gruppen cis-heteronormative gesellschaftliche Erwartungen an Beziehung, Ehe und / oder Fortpflanzung nicht erfüllen.⁴⁶⁰ Entsprechend kann asexuellen Menschen, die deswegen Verfolgung erleiden, der Flüchtlingsstatus erkannt werden.

C. Geschlechtsmerkmale (Inter*)

„Intergeschlechtliche Personen“, so die *Definition* von GHATTAS, „sind Menschen, die sich im Hinblick auf ihr chromosomales, gonadales oder anatomisches Geschlecht nicht in die medizinische Norm sogenannter «männlicher» und «weiblicher» Körper einordnen lassen. Dies manifestiert sich zum Beispiel im Hinblick auf sekundäre Geschlechtsmerkmale wie Muskelmasse, Haarverteilung oder Gestalt sowie im Hinblick auf primäre Geschlechtsmerkmale wie innere und äußere Genitale und / oder die chromosomale und hormonelle Struktur.“⁴⁶¹

Auf die jüngere Debatte in der Schweiz sowohl zum juristischen als auch zum medizinischen und gesellschaftlichen Umgang mit intergeschlechtlichen Menschen massgeblichen Einfluss hatte die 2012 veröffentlichte *Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission* im Bereich Humanmedizin (NEK). Darin empfiehlt die NEK unter anderem, das inter Menschen angetane Leid gesellschaftlich anzuerkennen, medizinische Eingriffe auf dringende, mit denen schwere Schäden an Körper und Gesundheit abgewendet werden, zu beschränken, haftungs- und strafrechtliche Folgen der vorgenommenen Eingriffe an Kindern zu prüfen, kostenfreie psychosoziale Beratung und Begleitung von Eltern und Kindern anzubieten sowie die Änderung des amtlichen Geschlechts unbürokratisch basierend auf der „nachvollziehbare[n] Selbsteinschätzung der betroffenen Person“ zu ermöglichen.⁴⁶²

Das Schweizer Recht blendet die Existenz intergeschlechtlicher Menschen jedoch dadurch aus, dass zwei, und nur *zwei*, *Geschlechter staatlich anerkannt* werden. Auch bei der Geburt bereits als solche erkennbare intergeschlechtliche Menschen müssen einem dieser beiden Geschlechter zugeordnet werden (Art. 8 lit. d ZStV⁴⁶³); „Zwischenstufen oder das Offenlassen des Geschlechts

⁴⁵⁹ UNHCR Guidelines, HCR/GIP/12/09.

⁴⁶⁰ BERTSCHI, N 53; HRUSCHKA/PORTMANN; RECHER, Transmenschen, N 166 ff.; UNHCR Guidelines, HCR/GIP/12/09.

⁴⁶¹ GHATTAS, S. 10. Die Organisation OII Germany gibt folgende Kurzdefinition: „Inter* umschreibt die gelebte Erfahrung mit einem Körper geboren zu sein, der den normativen Vorstellungen von männlich/Mann und weiblich/Frau nicht entspricht.“ <<http://oiigermany.org/>> (besucht: 21.10.2016).

⁴⁶² NEK, Intersexualität; Antwort des Bundesrates vom 6.7.2016: <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=62507>> (besucht: 24.10.2016). Siehe auch 12.2018 – Petition Fischer Eugen, Einführung eines dritten Geschlechts. Intersexualität, vom 3.4.2014, abgelehnt mit Verweis auf die Stellungnahme der NEK sowie die darauf basierenden Diskussionen und Massnahmen.

⁴⁶³ Zivilstandsverordnung (ZStV) vom 28. April 2004, SR 211.112.2.

sind nicht zulässig.⁴⁶⁴ Zulässig sind hingegen Vornamen, die nicht eindeutig auf ein Geschlecht hinweisen.

Jede Geburt ist innert drei Tagen zu melden und entsprechend auch das intergeschlechtliche Kind innert dieser Frist einem Geschlecht zuzuordnen (Art. 35 Abs. 1 ZStV). Soll diese Zuordnung später geändert werden, so unterscheidet das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen zwei Verfahren.

1. Besteht ein zeitlicher und thematischer Zusammenhang zwischen der beantragten Änderung und der Beurkundung der Geburt, so wird der Geschlechtseintrag von Amtes wegen korrigiert (Art. 43 ZGB). Dadurch soll den Eltern im Kindesinteresse „ein einfaches und unbürokratisches Vorgehen“ ermöglicht werden. Nach welcher Zeitdauer der Zusammenhang noch besteht oder nicht, ist dabei individuell und hängt, so das EAZW, insbesondere von der Dauer der medizinischen Abklärungen ab.⁴⁶⁵
2. Besteht kein Zusammenhang mehr mit der Beurkundung der Geburt, so lässt das EAZW die einfachere Korrektur nach Art. 43 ZGB nicht mehr zu, sondern verweist auf das Gerichtsverfahren nach Art. 42 ZGB. Klageberechtigt sind die Person selbst, allenfalls die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie die kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen. Vor oder alternativ zu diesem Gerichtsverfahren kann auch bei der Verwaltung des Wohnsitzkantones die Änderung des Vornamens beantragt werden (Art. 30 Abs. 1 ZGB).⁴⁶⁶

Intergeschlechtlichkeit kommt, wie in der Definition von GHATTAS gesehen, in einer Vielzahl von Varianten vor, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Leben sicht- oder erkennbar werden. Insbesondere wenn die Genitalien eines Neugeborenen nicht der medizinischen Norm von entweder weiblich oder männlich entsprechen, wurden und werden diese, wenngleich weniger häufig wie früher, chirurgisch an die Norm angepasst. Von Betroffenen besonders kritisiert und dadurch auch erst diskutiert wurden und werden solche (*chirurgischen*) Eingriffe an Kindern, die allein der Normierung dienen, die aus medizinischer Sicht jedoch nicht notwendig sind.⁴⁶⁷ In solche nicht notwendigen medizinischen Eingriffe können die gesetzlichen Vertreter aus rechtlicher Sicht nicht gültig einwilligen.⁴⁶⁸

Verschiedentlich wurden die Kinder und späteren Erwachsenen nicht über ihre Intergeschlechtlichkeit und die an ihnen vorgenommenen medizinischen Behandlungen informiert. Verlangen Betroffene jedoch Zugang zu ihrer eigenen *Krankengeschichte*, so ist ihnen Einsicht zu gewähren.⁴⁶⁹

Die Diversität der Formen, in denen Intergeschlechtlichkeit auftritt, wirkt sich auch auf die *Reproduktionsfähigkeit* intergeschlechtlicher Menschen aus. Diese kann gegeben sein, sie kann aber

⁴⁶⁴ EAZW, Intersexualität, Ziff. 1.

⁴⁶⁵ EAZW, Intersexualität, Ziff. 3.1.

⁴⁶⁶ EAZW, Intersexualität, Ziff. 3.2.

⁴⁶⁷ Das Kinderspital Zürich arbeitet diese Eingriffe aktuell in einer medizinhistorischen Studie auf. Siehe <<http://www.snf.ch>> Fokus Forschung > Newsroom > News-Archiv > 10.10.2016 Die Behandlung von Varianten der Geschlechtsentwicklung wird aufgearbeitet (besucht: 24.10.2016).

⁴⁶⁸ Eingehend dazu: WERLEN; siehe auch GROHSMANN, Diskriminierung, S. 27 ff.; RECHER/SPRECHER, S. 46; STUDER/COPUR, S. 58 ff. Siehe auch UN HRC, A/HRC/22/53, Ziff. 77. Zahlreiche medizinische Fachpersonen erachteten solche normierenden Eingriffe allerdings für notwendig, vorab aus psychosozialen Gründen. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates beantragte am 23.1.2017, einer Petition, die ein explizites Verbot von „Genitalverstümmelungen“ verlangt, keine Folge zu geben (Petition – 15.2043 Menschenrechtsgruppe Zwischengeschlecht, Intersex-Genitalverstümmelungen verbieten, vom 10.12.2015).

⁴⁶⁹ Statt vieler: BÜCHLER/MICHEL, S. 90.

auch von Natur aus nicht vorhanden sein. Kann eine Schwangerschaft der intergeschlechtlichen Person selbst oder ihrer Partner_in nur durch fortpflanzungsmedizinische Verfahren herbeigeführt werden, so können die Beschränkungen des Zugangs zur Behandlung nach Fortpflanzungsmedizinengesetz (siehe Kap. III.3.5.5) der Elternschaft entgegenstehen. Eingriffe an Kindern, die ihre Fortpflanzungsfähigkeit auf Dauer aufheben, unterliegen dem Sterilisationsverbot nach Art. 7 Sterilisationsgesetz (siehe Kap. III.3.5.1.C).

Im Invalidenversicherungsrecht qualifizieren „Hermaphroditismus verus“ und „Pseudohermaphroditismus“ als *Geburtsgebrechen* (Verordnung über Geburtsgebrechen⁴⁷⁰ Anhang 1 Ziff. 359). Daraus erwächst Versicherten bis zum vollendeten 20. Altersjahr ein Anspruch auf die zur Behandlung des Geburtsgebrechens notwendigen medizinischen Massnahmen (Art. 13 Abs. 1 IVG⁴⁷¹).

Ob intergeschlechtliche Menschen den *Diskriminierungsschutz* nach Art. 8 Abs. 2 BV geniessen, wurde bisher nicht klar beantwortet.⁴⁷² Mit Blick auf die offene Liste der verpönten Merkmale und die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 135 I 49 E. 4.1 S. 53), wonach Angehörige „einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird“, vor Ungleichbehandlung aufgrund dieser Zugehörigkeit geschützt werden sollen, ist der Diskriminierungsschutz für inter Menschen zweifellos zu bejahen (siehe Kap. III.2.2.2). In diesem Sinne äussern sich auch die NEK und der Menschenrechtskommissar des Europarates.⁴⁷³ Gleiches gilt wohl im Erwerbsleben in Bezug auf die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes; hierzu finden sich jedoch noch kaum Ausführungen in der Literatur.⁴⁷⁴

Einer der wenigen Schweizer Gerichtsentscheide über eine intergeschlechtliche Person betrifft das *Asylverfahren* einer Familie mit einem intergeschlechtlichen Kind. Aufgrund des „Weltbildes“ in ihrem Herkunftsland Iran sei die „Gefahr, vom gesamten sozialen Umfeld ungerecht, seinem Wesen widersprechend und verständnislos behandelt zu werden, was es zu einem Aussenseiter werden lässt und in seiner Entwicklung blockieren oder hemmen wird“ für das Kind zu gross. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte den Vollzug der Wegweisung, insbesondere aus Gründen des Kindeswohls, als unzulässig.⁴⁷⁵

D. Geschlechtsidentität und -ausdruck (Trans*)

Trans* wird *definiert* als die Nichtübereinstimmung zwischen der Geschlechtsidentität und dem bei der Geburt aufgrund eindeutiger Geschlechtsmerkmale zugewiesenen Geschlecht einer Person.⁴⁷⁶ Dabei kann die Geschlechtsidentität innerhalb des binären Geschlechterschemas verbleiben – demnach ausschliesslich weiblich oder ausschliesslich männlich sein – oder dieses Schema verlassen. Insbesondere nicht begriffsrelevant ist, ob der Körper durch medizinische Angleichungsmassnahmen verändert wurde oder nicht. Dementsprechend wird Geschlechtsidentität wie folgt definiert: „Unter «geschlechtlicher Identität» versteht man das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, das mit dem Geschlecht, das der betroffene

⁴⁷⁰ Verordnung über Geburtsgebrechen (GgV) vom 9. Dezember 1985, SR 831.232.21.

⁴⁷¹ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20.

⁴⁷² GROHSMANN, Diskriminierung, lässt die Frage offen; STUDER/COPUR, S. 64, scheinen die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BV zu bejahen.

⁴⁷³ NEK, Intersexualität, Empfehlung 10; Commissioner for Human Rights, Intersex, S. 46.

⁴⁷⁴ Gemäss GROHSMANN, Diskriminierung, S. 53, wurde diese Frage „bisher weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung thematisiert.“

⁴⁷⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-4700/2006 vom 11.3.2010.

⁴⁷⁶ RECHER, Transmenschen, N 4.

Mensch bei seiner Geburt hatte, übereinstimmt oder nicht übereinstimmt; dies schließt die Wahrnehmung des eigenen Körpers (darunter auch die freiwillige Veränderung des äußeren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe) sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts, z.B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen, ein.⁴⁷⁷

In der aktuellen Version der Internationalen *Krankheitsklassifikation* (ICD-10) der Weltgesundheitsorganisation (WHO) sind Trans-Diagnosen im Kapitel der geistigen und Verhaltensstörungen eingeordnet. Im Rahmen der aktuellen Revision der ICD wird diskutiert, diese in ein nicht-psychopathologisierendes Kapitel zu verschieben. Aus einer menschenrechtlichen Sicht wird dieser Schritt begrüsst, da die heutige psychopathologisierende Einordnung als stigmatisierend gewertet wird.⁴⁷⁸

Transmenschen respektive Geschlechtsidentität werden im *gesetzten Recht* der Schweiz einzig in der Gemeindeordnung und im Personalrecht der Stadt Zürich⁴⁷⁹ sowie im *Règlement pour l'égalité et la prévention des discriminations en raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*⁴⁸⁰ des Kantons Genf explizit erwähnt. *Rechtsprechung* existiert in zunehmender Zahl; nicht nur, jedoch vornehmlich, zur Änderung des amtlichen Geschlechts, da es sich hierbei zwingend um ein Gerichtsverfahren handelt (Art. 42 oder Art. 1 ZGB).⁴⁸¹

Diese Gerichtsverfahren zur *Änderung des amtlichen Geschlechts* sollten, so die Parlamentarische Versammlung des Europarates, rasch, transparent und allen zugänglich ausgestaltet sein sowie materiell auf Selbstbestimmung beruhen.⁴⁸² Das Schweizer Recht reguliert die materiellen Voraussetzungen für diese Änderungen nicht, jedoch bildete sich etwa seit den 1960er-Jahren eine Gerichtspraxis dazu aus, die zuletzt primär auf körperliche Angleichungsmassnahmen fokussierte.⁴⁸³ Solche bis im Frühjahr 2017 von zahlreichen Schweizer Gerichten geforderte medizinische Eingriffe verletzen nach der dann ergangenen Rechtsprechung des EGMR die Integrität (Art. 3 und 8 EMRK).⁴⁸⁴ Insbesondere vermag auch eine gesetzliche Grundlage körperliche Eingriffe als Voraussetzung für die staatliche Anerkennung der Geschlechtsidentität nicht zu rechtfertigen.⁴⁸⁵ Als grundsätzlich zulässig wertete der Gerichtshof hingegen das Erfordernis einer von der psychologischen oder psychiatrischen Profession ausgestellten Bestätigung. Ob dies auch auf die Schweizer

⁴⁷⁷ Yogyakarta-Prinzipien, Fn. 2.

⁴⁷⁸ PACE/Res 2048(2015), Ziff. 6.3.3. THEILEN.

⁴⁷⁹ Art. 67 lit. g Gemeindeordnung der Stadt Zürich, Gemeindebeschluss vom 26. April 1970, mit Änderungen bis 5. Juni 2016; Art. 3 Abs. 1 lit. k der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (Personalrecht) vom 16.04.2014.

⁴⁸⁰ *Règlement pour l'égalité et la prévention des discriminations en raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre* (REgal) du 13 septembre 2017, B 5 05.11.

⁴⁸¹ Transgender Network Switzerland, S. 3 f.

⁴⁸² PACE/Res 2048(2015), Ziff. 6.2.1. Siehe auch CM/Rec (2010)5, Ziff. 21.

⁴⁸³ RECHER, Transmenschen, N 49 ff.

⁴⁸⁴ EGMR, A.P., *Garçon and Nicot v. France*, Application nos. 79885/12 and 2 others, 6.4.2017. Vergleiche auch EAZW, Transsexualität; RECHER, Transmenschen, N 42 ff.

⁴⁸⁵ Zur absoluten Unzulässigkeit, namentlich sterilisierende Eingriffe als *conditio sine qua non* vorzusetzen: UN HRC, A/HRC/22/53, Ziff. 78. Dieser Bericht macht nicht explizit, ob unfreiwillige Sterilisation als Voraussetzung für die Änderung des amtlichen Geschlechts als Folter oder als unmenschliche und grausame Behandlung qualifiziert. Ausgehend von dem Begriff der Folter sowie der in Kap. II.2.4 dargestellten Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK (EGMR, V.C. v. Slowakei, Application no. 18968/07, 8.11.2011, Ziff. 100 ff., ECHR 2011 (extracts)) erscheint eine Subsumtion unter den Folterbegriff jedoch eher abzulehnen zu sein. Auf die absolute Unzulässigkeit dieser Voraussetzung wirkt sich die Unterscheidung jedoch nicht aus. Das Verbot des Sterilisationszwanges konkretisiert überdies auf nationaler Gesetzesebene das Sterilisationsgesetz (siehe Kap. III.3.5.1.C).

Rechtslage zutrifft, ist jedoch kritisch zu hinterfragen. Denn auch ein diagnostischer Prozess bedarf zu seiner Rechtmässigkeit entweder der freien Einwilligung der Person oder alternativ einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen oder Drittinteresses sowie der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV). Da es bereits an der gesetzlichen Grundlage fehlt, erscheint folgerichtig, dass in der Schweiz eine psychologische oder psychiatrische Diagnose nicht als zwingend vorausgesetzt werden kann für die Änderung des amtlichen Geschlechts oder des Vornamens. Im Resultat wären folglich die Änderungen des amtlichen Geschlechts, übereinstimmend mit der oben erwähnten Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, von den Schweizer Gerichten basierend auf der Selbstbestimmung der Gesuchstellenden zu gewähren.

Nach gutgeheissener Änderung ist diese im Zivilstandsregister aufzunehmen und es sind rückwirkend alle Dokumente so neu auszustellen, dass die Person nicht gezwungen wird, ihr Trans-Sein unfreiwillig zu offenbaren.

Das amtliche Geschlecht kann nur von „weiblich“ auf „männlich“ oder umgekehrt geändert werden. Diese Begrenzung der möglichen amtlichen Geschlechter lässt, gleich wie bei intergeschlechtlichen Menschen (siehe Kap. III.3.4.1.C), auch Transmenschen mit einer *nicht-binären Geschlechtsidentität* keinen Raum, ihre Identität über das amtliche Geschlecht auszudrücken.⁴⁸⁶ Möglich ist jedoch die Annahme eines nicht geschlechtseindeutigen Vornamens oder einer Kombination von männlichen und weiblichen Vornamen.⁴⁸⁷

Verschiedene Rechtsfragen wirft die *Elternschaft* von Transmenschen auf. Eine Praxis hierzu bildete sich bisher nicht heraus und auch das positive Recht regelt diese nicht explizit. Beim Nachvollzug der Änderung des amtlichen Geschlechts oder Vornamens in den Dokumenten des Kindes sind zwei Situationen zu unterscheiden: einerseits Kinder, die bereits unabhängig von ihren Eltern leben und andererseits Kinder, die noch abhängig von ihren Eltern leben. Da im ersteren Fall der Trans-Elternteil kaum mehr zusammen mit Dokumenten wie der Geburtsurkunde des Kindes in Erscheinung tritt, ist ein Anspruch des Elternteils auf Neuausstellung der Dokumente des Kindes wohl zu verneinen. Der Entscheid bleibt allein dem Kind überlassen. Lebt das Kind jedoch noch abhängig von dem Trans-Elternteil, so ist die amtliche Änderung auch in den Dokumenten des Kindes nachzuvollziehen. Dies dient dem Grund- und Persönlichkeitsschutz des Elternteils, aber auch dem Grundrechtsschutz des Kindes, namentlich dem Schutz vor Diskriminierung sowie vor unfreiwilliger Offenlegung seiner Familienkonstellation.⁴⁸⁸

Transmenschen, die Eltern werden möchten, können dazu die Hilfe der Fortpflanzungsmedizin in Anspruch nehmen wollen. Hierfür gelten die Vorgaben des Fortpflanzungsmedizingesetzes (siehe Kap. III.3.5.5). Während private Anbieter_innen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren frei sind, mit Transmenschen (k)einen Vertrag abzuschliessen, sind staatliche Anbieter_innen an das Diskriminierungsverbot gebunden. Demnach wäre es unzulässig, als öffentliches Spital Transmenschen die Konservierung ihrer eigenen Keimzellen oder die künstliche Befruchtung zu verweigern, allein aufgrund ihres Trans-Seins.

Bedarf eine Transperson *geschlechtsangleichender Massnahmen*, so besteht hierfür Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen

⁴⁸⁶ MÄDER/DE PIETRO/AMACKER, S. 25. PACE/Res 2048 (2015), Ziff. 6.2.4, empfiehlt den Mitgliedstaaten, „consider including a third gender option in identity documents for those who seek it“; siehe auch Kap. II.2.7.4.

⁴⁸⁷ Unpublizierter Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt vom 29.2.2016.

⁴⁸⁸ Am EGMR ist eine Beschwerde eines Transmannes, der sein Kind ausgetragen hat, betreffend seine Anerkennung als Vater anhängig: Y.P. v. Russland, Application no. 8650/12, kommuniziert am 23.2.2017.

des KVG erfüllt sind (siehe auch Kap. III.3.2.2).⁴⁸⁹ In der Praxis wird diese Leistungspflicht jedoch verschiedentlich von den Versicherungen bestritten.⁴⁹⁰ In Abweichung vom Territorialitätsprinzip des KVG entschied das Sozialversicherungsgericht des Kantons Waadt Ende 2015, dass Leistungspflicht auch für eine in Thailand vorgenommene Genitalangleichung einer Transfrau bestehe. Dies weil die in der Schweiz operierenden Chirurg_innen über unzumutbar weniger Erfahrung verfügten als der von der Klägerin aufgesuchte Spezialist in Thailand.⁴⁹¹ Arbeitsausfälle aufgrund von medizinischen Angleichungsmassnahmen lösen, gleich wie andere krankheitsbedingte Abwesenheiten, einen Anspruch auf Lohnfortzahlung respektive Krankentaggeld aus.⁴⁹²

Im Strafrecht stellen sich vorab spezifische Fragen, wer Täter_in und wer Opfer von *Sexualdelikten*, insbesondere von Vergewaltigung, sein kann. Nach dem Wortlaut von Art. 190 Abs. 1 StGB kann nur eine Person weiblichen Geschlechts Opfer einer Vergewaltigung sein, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 125 IV 134 E. 2 S. 135) nur eine männliche Person Täter. Bezüglich der Frage, anhand welcher Merkmale einer Person definiert wird, wer weiblichen respektive wer männlichen Geschlechts ist, fehlt noch jegliche Rechtsprechung. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spricht einiges dafür, dabei auf die körperlichen Merkmale im Tatzeitpunkt abzustellen. Das heisst, ein Transmensch mit Vagina kann Opfer einer Vergewaltigung sein, ein Transmensch mit Penis kann Täter_in sein.⁴⁹³ Eine Standesinitiative des Kantons Genf, der beide Kommissionen für Rechtsfragen Folge gaben, fordert eine Erweiterung des Vergewaltigungsbegriffes namentlich in dem Sinne, dass auch Personen männlichen Geschlechts als Opfer eingeschlossen werden sollen.⁴⁹⁴ Durch die vorgeschlagene Revision würde sich wohl auch die Frage, wer als weiblich und wer als männlich gilt, erübrigen.

Im Bereich des Erwerbslebens schützt das *Gleichstellungsgesetz* auch Transmenschen gegen Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität. Die Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes wurde bereits mehrfach durch die Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz bejaht.⁴⁹⁵

Menschen, die aufgrund ihrer Geschlechtsidentität oder ihres Geschlechtsausdruckes in ihrem Heimatland verfolgt werden, können in der Schweiz als *Flüchtlinge* anerkannt werden. Besondere Herausforderungen stellen sich ihnen insbesondere in der Gefährdung in den Gruppenunterkünften, im fehlenden Zugang zu medizinisch notwendigen geschlechtsangleichenden Massnahmen und der Schwierigkeit, im Asylverfahren über den höchst intimen Aspekt ihrer Geschlechtsidentität zu sprechen.⁴⁹⁶

⁴⁸⁹ Insbesondere keine Leistungspflicht besteht für Epilation, die von einer Kosmetiker_in vorgenommen wird. Urteil des Bundesgerichts 9C_183/2016 vom 26.6.2016.

Eine Motion zur Aufhebung dieser Leistungspflicht lehnte der Nationalrat am 12.4.2011 ab: 09.3524 – Motion Föhn Peter, Streichung von Geschlechtsumwandlungen aus dem Leistungskatalog, vom 10.6.2009.

⁴⁹⁰ Transgender Network Switzerland, S. 8 f.

⁴⁹¹ Cour des assurances sociales Vaud, ZE09.036546, Arrêt du 9.12.2015. Die Qualität der Genitaloperationen wird auch bemängelt in Transgender Network Switzerland, S. 8.

⁴⁹² Sozialversicherungsgericht Kanton Zürich, KK.2015.00007, Urteil vom 16.6.2016.

⁴⁹³ Ausführlicher hierzu sowie zu weiteren strafrechtlichen Fragen: RECHER, Transmenschen, N 206 ff.

⁴⁹⁴ 14.311 – Standesinitiative Genf, Neudefinition des Rechtsbegriffs der Vergewaltigung in den Artikeln 189 und 190 des Strafgesetzbuches, vom 21.5.2014.

⁴⁹⁵ Siehe die Fälle in der Datenbank <<http://www.gleichstellungsgesetz.ch/>> Stichwort Transidentität (besucht: 25.10.2016).

⁴⁹⁶ Eingehender dazu: KARSAY; Queeramnesty Schweiz; RECHER, Transmenschen, N 165 ff.

E. Sexuelle Orientierung

„Der Begriff «sexuelle Orientierung» bezeichnet“, so die *Definition* in den Yogyakarta-Prinzipien, „die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts oder mehr als einen Geschlechts hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.“⁴⁹⁷ Sexuelle Orientierungen sind demnach namentlich Homosexualität, Bisexualität, Pansexualität⁴⁹⁸ und Heterosexualität. Vom Recht wurden bisher vorwiegend die Lebenssituationen von Lesben und Schwulen, also homosexuellen Menschen, betrachtet, während die übrigen nicht-heterosexuellen sexuellen Orientierungen noch wenig explizite Beachtung finden.

Nach der Legalisierung gleichgeschlechtlicher Sexualität bereits im Jahr 1942⁴⁹⁹ war das *Partnerschaftsgesetz*, das am 1.1.2007 in Kraft trat, wohl zweifelsfrei der grösste Schritt in der Annäherung der Rechte gleichgeschlechtlicher Paare an diejenigen verschiedengeschlechtlicher Paare.⁵⁰⁰ Von dem Partnerschaftsgesetz profitieren jedoch nur gleichgeschlechtliche Paare; an der rechtlichen Situation aller anderen Menschen einer nicht-heterosexuellen Orientierung änderte sich dadurch nichts.

Das Partnerschaftsgesetz ermöglicht es Paaren, die registerrechtlich mit demselben Geschlecht erfasst sind, ihre Beziehung eintragen zu lassen. Die Wirkungen dieser Eintragung unterscheiden sich von denen der Ehe, wobei verschiedene Angleichungen an das Eherecht bereits vorgenommen wurden oder aktuell diskutiert werden.⁵⁰¹ So können seit der Revision des Namensrechts, die am 1.1.2013 in Kraft trat, auch eingetragene Paare wahlweise denselben oder je ihren eigenen Nachnamen tragen (Art. 12a PartG). Im Folgenden wird auf einige der relevanten Unterschiede zwischen der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe eingegangen. So lautet insbesondere der Zivilstand nicht „verheiratet“, sondern „in eingetragener Partnerschaft“. Das daraus resultierende Zwangsoouting kann Paare davon abhalten, ihre Partnerschaft eintragen zu lassen.⁵⁰²

Nebst der Öffnung der Ehe für alle⁵⁰³ wird der bisherige explizite Ausschluss von *Elternschaft* eingetragener Paare am stärksten politisch diskutiert. Eine erste Annäherung an die Rechte von Ehepaaren ist hierzu bereits beschlossen: Die Möglichkeit der Stiefkindadoption durch die eingetragene Partner_in eines rechtlich alleinigen Elternteils tritt am 1.1.2018 in Kraft. Von der gemeinsamen Fremdkindadoption und der Fortpflanzungsmedizin bleiben eingetragene Paare jedoch weiterhin explizit ausgeschlossen (Art. 28 PartG). Bei der Einzeladoption wird hingegen nicht nach der sexuellen Orientierung der adoptionswilligen Person unterschieden: Nicht-Heterosexuellen, die weder in eingetragener Partnerschaft noch verheiratet sind, steht die Einzeladoption offen (siehe auch Kap. III.3.5.6).

⁴⁹⁷ Yogyakarta-Prinzipien, Fn. 1.

⁴⁹⁸ Pansexualität bezeichnet die Anziehung durch Menschen unabhängig ihres Geschlechts; im Unterschied zu Bisexualität orientiert sich Pansexualität explizit nicht am binären Geschlechtersystem.

⁴⁹⁹ BAUR/RECHER, N 9.

⁵⁰⁰ Gegen das Partnerschaftsgesetz war das Referendum ergriffen worden, welches jedoch in der Volksabstimmung vom 5.6.2005 scheiterte. Dem eidgenössischen Gesetz waren verschiedene Kantone mit kantonalen Gesetzen zur Registrierung gleichgeschlechtlicher Paare vorangegangen.

⁵⁰¹ Für eine ausführliche Besprechung des Partnerschaftsgesetzes siehe FamKomm Eingetragene Partnerschaft, BÜCHLER; ZIEGLER/MONTINI/COPUR (Hrsg.).

⁵⁰² GROHSMANN, Diskriminierung, S. 6.

⁵⁰³ 13.468 - Parlamentarische Initiative Grünliberale Fraktion, Ehe für alle, vom 5.12.2013.

Bezüglich der *Hinterlassenenrente* werden Witwen, die ihre eingetragene Partnerin verloren haben, den Witwern gleichgestellt (Art. 13a Abs. 2 ATSG). Da Witwer in weniger Fällen als Witwen eine Hinterlassenenrente erhalten, können folglich Frauen, die in einer eingetragenen Partnerschaft lebten, gegenüber Ehefrauen benachteiligt werden. Geschlechtsunabhängig besteht der Rentenanspruch, sofern die hinterbliebene Person im Zeitpunkt der Verwitwung Kinder hat (Art. 23 Abs. 1 AHVG⁵⁰⁴). Nur kinderlose Witwen, nicht aber kinderlose Witwer, haben zudem „Anspruch auf eine Witwenrente, wenn sie im Zeitpunkt der Verwitwung (...) das 45. Altersjahr vollendet haben und mindestens fünf Jahre verheiratet gewesen sind“ (Art. 24 Abs. 1 AHVG). Kinderlosen⁵⁰⁵ eingetragenen Partnerinnen, die über 45 Jahre alt sind und fünf Jahre in eingetragener Partnerschaft lebten, steht damit anders als hinterbliebenen Ehefrauen keine Hinterlassenenrente zu.

Während im *Asylrecht* (Art. 79a AsylG⁵⁰⁶) und beim *ausländerrechtlichen* Familiennachzug (Art. 42 ff. AuG⁵⁰⁷) eingetragene Paare den Ehepaaren weitgehend gleichgestellt sind, steht die erleichterte Einbürgerung nur Ehegatt_innen, nicht aber eingetragenen Partner_innen, offen (Art. 27 BÜG⁵⁰⁸). Diese Differenzierung aufzuheben steht aktuell zur politischen Debatte.⁵⁰⁹ Als Flüchtlinge anerkannt werden können, unabhängig ihres Zivilstandes, Menschen, die in ihrem Herkunftsland aufgrund ihrer sexuellen Orientierung verfolgt werden. An der Praxis von Behörden und Gerichten wird jedoch verschiedentlich Kritik geübt. So insbesondere dass zu hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung der individuellen Verfolgung gestellt werden, dass ein gesamtgesellschaftlich homophobes Klima ohne direkte staatliche Verfolgung nicht als asylbegründend erachtet werde oder dass die Homosexualität, insbesondere wenn nicht von Anfang an vorgebracht, zu oft als nicht glaubhaft erachtet werde oder mit eurozentristisch-stereotypen Fragen eruiert werden soll.⁵¹⁰ Ausgehend von diesen Kritiken arbeitet das Staatssekretariat für Migration an einer Verbesserung insbesondere der Befragungen und Interviews.⁵¹¹

Das höhere Schutzalter bei gleichgeschlechtlichen Kontakten, 20 Jahre im Vergleich zu 16 Jahren bei verschiedengeschlechtlichen Kontakten, wurde im Jahr 1993 aus dem *Strafrecht* gestrichen. Seither gilt dasselbe Schutzalter, unabhängig des Geschlechts der beteiligten Personen. Aktuell wird im Strafrecht die Ausdehnung der Rassismusstrafnorm (Art. 261^{bis} StGB) auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität diskutiert. Dadurch sollen insbesondere Hassreden, die sich ge-

⁵⁰⁴ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10.

⁵⁰⁵ Der Rentenanspruch der Witwer und eingetragenen Partner_innen erlischt zudem, wenn das jüngste Kind das 18. Altersjahr vollendet hat (Art. 24 Abs. 2 AHVG).

⁵⁰⁶ Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

⁵⁰⁷ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

⁵⁰⁸ Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz, BÜG) vom 29. September 1952, SR 141.0.

⁵⁰⁹ 13.418 – Parlamentarische Initiative Grünliberale Fraktion, Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft und der Ehe im Einbürgerungsverfahren, vom 21.3.2013: von beiden Räten behandelt aber noch nicht abgeschlossen, der Ständerat setzte die Behandlung am 26.9.2016 für voraussichtlich mehr als ein Jahr aus. Der Revisionsvorschlag des Bundesrates liegt vor in BBI 2016 43.

⁵¹⁰ Eingehender dazu: BERTSCHI; Queeramnesty Schweiz.

⁵¹¹ Die Interviews sollten sich heute an dem DSSH-Modell orientieren. Dabei werden Asylsuchende, bei denen Hinweise oder klare Aussagen bekannt sind, dass sie Schutz aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität suchen, zu folgenden vier Themen befragt: zu ihrem Anderssein in einer cis-heteronormativen Gesellschaft (*difference*), der damit verbundenen gesellschaftlichen Stigmatisierung (*stigma*), der daraus resultierenden Scham (*shame*) und den erlebten Verletzungen, der erlebten Gewalt (*harm*).

gen eine ganze Gruppe, insbesondere Schwule, Lesben, Bisexuelle, Transmenschen und intergeschlechtliche Menschen, richten und nicht nur gegen eine bestimmte oder bestimmbar Einzelperson, strafbar werden.⁵¹²

Dass Homosexuelle durch das öffentlich-rechtliche *Diskriminierungsverbot* von Art. 8 Abs. 2 BV geschützt werden, scheint unbestritten. In der parlamentarischen Debatte zur Formulierung der verpönten Merkmale in Art. 8 Abs. 2 BV wurde Homosexualität explizit als Beispiel für das Merkmal der Lebensweise genannt.⁵¹³

Inwieweit Arbeitnehmenden einer nicht-heterosexuellen Orientierung der Schutz durch das Gleichstellungsgesetz gewährt wird, ist in der Lehre umstritten. Auf Basis der klaren Aussage in der Botschaft, dass die sexuelle Orientierung ein mögliches Charakteristikum sein kann, „soweit diese geeignet ist, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts zu benachteiligen“, kann die Anwendbarkeit jedoch sicher nicht ganz verneint werden.⁵¹⁴ In der Praxis trat beispielsweise die Zürcher Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz denn auch auf die Klage eines schwulen Mannes ein. Dieser war im Bewerbungsgespräch gefragt worden, ob er schwul sei, was er bejahte und danach eine Absage erhielt.⁵¹⁵

3.4.2. Sexuelle Dysfunktion

Sexuelle Dysfunktion thematisiert, soweit ersichtlich, vor allem die Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht. Im Vordergrund steht dabei die Leistungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zur Behandlung sexueller Dysfunktionen.⁵¹⁶ Als unerwünschte Wirkung von Arzneimitteln tangieren sexuelle Dysfunktionen zudem das Heilmittelrecht. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde sexuelle Dysfunktion bisher jedoch kaum untersucht, sodass auch offen bleiben muss, ob sich in der Praxis weitere Rechtsfragen stellen.

⁵¹² 13.304 – Standesinitiative Genf, Änderung der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2) und des Strafgesetzbuches (Art. 261^{bis}), vom 26.2.2013; 13.407 – Parlamentarische Initiative Reynard Mathias, Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, vom 7.3.2013 (begrenzt auf das Charakteristikum der sexuellen Orientierung); Parlamentarische Initiative Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung: Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 11.5.2017 (in der Vernehmlassung bis 9.10.2017). Siehe auch ECRI(2014)39, Empfehlung 19.

⁵¹³ Amtl. Bulletin NR 23.9.1998, Reform der Bundesverfassung, S. 1757, 1759. Einzelne Kantonsverfassungen, wie beispielsweise die der Kantone Zürich und Basel-Stadt, erwähnen sexuelle Orientierung explizit im Diskriminierungsverbot.

⁵¹⁴ Botschaft GIG, BBI 1993 I 1248, S. 1297. Siehe auch FREIVOGEL, Art. 3, N 17, in: KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN.

⁵¹⁵ Schlichtungsstelle des Kantons Zürich, Vergleich erzielt am 22.3.2002, Geschäft Nr. 2002/1 <<http://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1071.html>> (besucht: 6.3.2017).

⁵¹⁶ Verschiedentlich zu beurteilen war die Arbeitsfähigkeit nach Unfall von Versicherten, die – nebst verschiedenen entscheidungsrelevanten Diagnosen – auch an sexueller Dysfunktion litten. So beispielsweise in Urteil des Bundesgerichts U 75/07 vom 23.10.2007 und Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 144/01 vom 28.10.2004. In Urteil des Bundesgerichts 6B_1194/2015 vom 3.6.2016 urteilte die strafrechtliche Abteilung, dass die Vorinstanz zu Recht die sexuelle Dysfunktion nach Prostataoperation des wegen Schändung verurteilten Täters nicht als das Verschulden mindernd einbezogen hatte.

Dass bei sexueller Dysfunktion sozialversicherungsrechtliche Fragen im Vordergrund stehen, bestätigte auch ein angefragter Psychiater mit Spezialisierung auf Sexualmedizin.

A. Krankheitswert sexueller Dysfunktion

Sexueller Dysfunktion kann Krankheitswert zukommen, womit die Grundvoraussetzung für die Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung gegeben sein kann.⁵¹⁷ In Bezug auf erektile Dysfunktion ist, so das Bundesgericht, der Krankheitswert altersabhängig zu beurteilen, da der natürliche Alterungsprozess zu abnehmender sexueller Aktivität und Erektionsfähigkeit führe.⁵¹⁸

B. Operative Behandlung sexueller Dysfunktion

Operative Behandlungen von Beeinträchtigungen der sexuellen Funktionen können einerseits direkt auf die Wiederherstellung der Funktionalität gerichtet sein oder andererseits der Behebung oder Verbesserung ästhetischer Beeinträchtigungen dienen, welche sekundär Funktionalitätseinschränkungen nach sich ziehen.

Dem (psychischen) Leidensdruck aus *ästhetischen* Defiziten wird in der Regel kein Krankheitswert zuerkannt, womit auch keine Leistungspflicht der Krankenversicherer besteht.⁵¹⁹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt jedoch „äusserliche Verunstaltungen vor allem an sichtbaren und in ästhetischer Beziehung speziell empfindlichen Körperteilen – besonders im Gesicht (...), [die] ein gewisses Ausmass erreich[en] und sich durch kosmetische Operation beheben“ lassen als krankheitswertig. Kann ein solcher „krankheits- oder unfallbedingter Mangel“ mittels kosmetischer Chirurgie behoben werden, so besteht Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung, sofern diese „auch für die Behandlung der primären Unfall- oder Krankheitsfolgen aufzukommen hatte.“⁵²⁰

Verschiedene solcher Eingriffe wurden bisher von der Rechtsprechung beurteilt oder vom Verordnungsgeber geregelt. Ob eine Symmetrisierung der Brüste nach krebisbedingter Operation eine Pflichtleistung darstellt oder nicht wurde unterschiedlich beurteilt.⁵²¹ Explizit zu übernehmen nach KLV, Anhang 1 Ziff. 1.1, ist jedoch eine „operative Reduktion der gesunden Brust zur Behebung einer Brustasymmetrie und Herstellung der physischen und psychischen Integrität der Patientin nach medizinisch indizierter Brustamputation oder teilweiser Brustentfernung (...).“ Gleichfalls Leistungspflicht besteht für eine „operative Mammarekonstruktion zur Herstellung der physischen und psychischen Integrität der Patientin nach medizinisch indizierter Brustamputation oder teilweiser Brustentfernung“.⁵²² Brust-Exoprothesen hingegen übernimmt primär die Invalidenversicherung;⁵²³ nur bei Personen, die die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen, kann die Krankenpflege-

⁵¹⁷ Sexuelle Funktionsstörungen, nicht verursacht durch eine organische Störung oder Krankheit, sind in der ICD-10 unter F52 gelistet.

⁵¹⁸ BGE 129 V 32 E. 4.2 ausführlich zu den bei der Bestimmung des Krankheitswerts abzuwägenden Faktoren.

⁵¹⁹ Siehe BGE 121 V 211 E. 6b (Leidensdruck bei Mammahypertrophie); Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 85/99 vom 25.9.2000, publiziert in Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung (SVR) 2001 KV Nr. 29 (Asymmetrie der Brüste); Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 135/04 vom 17.1.2006 E. 2, publiziert in Kranken- und Unfallversicherung Rechtsprechung und Verwaltungspraxis (RKUV) 1/2006 S. 55-59 (operative Entfernung einer Fettschürze mittels einer Abdominalplastik).

⁵²⁰ BGE 102 V 69 E. 3 S. 72, bestätigt in BGE 134 V 83 E. 3.2 S. 85.

⁵²¹ Pflichtleistung verneint in Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 132/02 vom 17.2.2003 und Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts K 80/00 vom 28.12.2001, bejaht dagegen in Urteil des Bundesgerichts K 143/06 vom 1.2.2008 E. 4.2.

⁵²² Zur Pflichtleistung bei Mammarekonstruktion mittels Brustprothesenimplantation siehe auch BGE 111 V 229.

⁵²³ Anhang der Verordnung des EDI über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI) vom 29. November 1976, SR 831.232.51, Ziff. 1.03: Definitive Brust-Exoprothesen nach Mamma-Amputation oder bei Vorliegen eines Poland-Syndroms oder Agenesie der Mamma. Höchstbeitrag pro Kalenderjahr 500 Franken für einseitige und 900 Franken für beidseitige Versorgung.

versicherung leistungspflichtig werden. Narben im Genitalbereich nach Spontanschwangerschaften können zu einem die Sexualität beeinträchtigenden Leidensdruck führen. Da es sich hierbei nicht um ein sichtbares Körperteil im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt, erscheint eine Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung für ästhetische Narbenkorrekturen eher verneint werden zu müssen. Durch grosse Gewichtsreduktionen entstehender „schlaffer, faltiger Hautüberschuss“, insbesondere an Bauch, Oberschenkeln und im Brustbereich, kann nebst somatischen Folgeerkrankungen auch psychisches Leiden inklusive sexuelle Dysfunktion auslösen. Eine Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung zur Entfernung solcher Hautüberschüsse wurde vom Bundesgericht bisher jedoch verneint.⁵²⁴

Die Kosten für operative Behandlung bei *Erektionsstörungen*, für *Penisprothesen* und für Eingriffe der *Revaskularisationschirurgie* bei Cis-Männern sind von der Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung ausgeschlossen (KLV Anhang 1). Dieser Leistungsausschluss gilt auch, wenn die Erektionsstörung als Folge einer anderen Behandlung, wie beispielsweise der Entfernung eines Prostatakarzinoms, auftritt. Kassenpflichtig hingegen sind gemäss Rechtsprechung Phalloplastiken, inklusive Erektionspumpen, bei Transmännern.⁵²⁵ Ebenso eine Pflichtleistung ist, so BGE 121 V 119 E. 3a., „[d]as Einsetzen einer Hodenprothese nach chirurgischer Hodenentfernung zufolge einer Krebskrankheit“.

C. Medikamentöse Behandlung sexueller Dysfunktion und sexuelle Dysfunktion als unerwünschte Arzneimittelwirkung

Verschiedene Formen sexueller Dysfunktion können *medikamentös behandelt* werden. Für einen Teil dieser Arzneimittel besteht Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung, für andere nicht. Auf der Spezialitätenliste aufgeführt zur Behandlung erektiler Dysfunktion und damit übernommen wird Caverject (Abgabekategorie A),⁵²⁶ nicht aber Viagra, Cialis und Levitra (alle Abgabekategorie B).⁵²⁷ Gleichfalls in der Schweiz zugelassen, jedoch nicht kassenpflichtig sind die beiden Arzneimittel gegen vorzeitigen Samenerguss Priligy und Kenergon Dosierspray. Nicht für den Schweizer Markt zugelassen ist Flibanserin, ein Arzneimittel zur Libidosteigerung der Frau.

Wird für ein Arzneimittel *Publikumswerbung* gemacht, so steht dies der Aufnahme auf die Spezialitätenliste entgegen respektive kann zur Streichung davon führen (Art. 65 Abs. 2 KVV). Ganz unzulässig ist Publikumswerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel (Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG). Wann Publikumswerbung für Viagra unzulässig ist und welche Massnahmen ein Verbot nach sich zögen, erwog das Bundesgericht in BGE 129 V 32, jedoch ohne abschliessende Beantwortung der Frage.

Arzneimittel müssen, damit sie auf den Markt gebracht werden dürfen, an Tier und Mensch getestet worden sein und basierend auf diesen Studiendaten vom Schweizerischen Heilmittelinstitut zugelassen werden. Durch diese Studien oder durch die spätere Anwendung bekannt gewordene *unerwünschte Wirkungen* sind im Zulassungsgesuch und in den Fach- und Publikumsinformationen

⁵²⁴ Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 9C_319/2015 vom 9.5.2016.

⁵²⁵ BGE 120 V 463; Urteil des Eidg. Versicherungsgericht, K 46/05 vom 13.2.2006. Zur gerechtfertigten Unterscheidung zwischen Phalloplastik bei Transmännern und operativer Behandlung von Erektionsstörungen bei Cis-Männern siehe auch: Urteil des Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich KV.2010.00006 vom 15.8.2011.

⁵²⁶ Gemäss Spezialitätenliste „[b]ei männlicher Impotenz (Impotentia coeundi) durch: Defizite der arteriellen Versorgung im Bereich des männlichen Geschlechtsteils, Störungen des venösen/cavernösen Gefäss-Systems (venöses Leck), Schädigung des versorgenden Nervensystems mit Folge der Fehlsteuerung.“

⁵²⁷ Siehe dazu auch BGE 129 V 32; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-360/2010 vom 3.12.2013, A.a.

anzugeben, was auch sexuelle Dysfunktion umfasst (Art. 11 Abs. 1 lit. e HMG; AMZV⁵²⁸, Anhang 4 und 5).

D. Integritätsentschädigung für unfallbedingte sexuelle Dysfunktion

Der dauerhafte und erhebliche Verlust der Geschlechtsorgane oder der Fortpflanzungsfähigkeit durch Unfall berechtigt zu einer Integritätsentschädigung nach dem Unfallversicherungsgesetz (UVG⁵²⁹). Nach UVV⁵³⁰, Anhang 3, beträgt die Integritätsentschädigung beim Verlust der Geschlechtsorgane oder der Fortpflanzungsfähigkeit 40 % des Höchstbetrags des versicherten Jahresverdienstes.⁵³¹ Detaillierter regelt die Bemessung der Integritätsentschädigung die SUVA-Tabelle 22, Integritätsschaden bei Verlust der Geschlechtsorgane oder der Fortpflanzungsfähigkeit.⁵³² Zu einer Entschädigung von 40 % berechtigen demnach: der Verlust des Penis, beider Hoden, des Uterus, beider Ovarien, Verlust aller Geschlechtsorgane (Penis und Skrotum, respektive Uterus und beide Ovarien), wenn die Fortpflanzung nur noch auf instrumentellem Weg möglich ist (künstliche Insemination, In-vitro-Fertilisation), nicht therapierbare erektile Impotenz und wenn die Fortpflanzung nur noch mit Hilfe einer Penisprothese möglich ist. Zu einer Entschädigung von 20 % berechtigt eine erektile Dysfunktion, die nur auf intrakavernös applizierte Medikamente anspricht. Zu einer Entschädigung von 10 % berechtigen: der Verlust eines Hodens, eines Ovars und erektile Dysfunktion, die auf orale Medikamente anspricht. „Beim Paraplegiker sind die Sexualfunktionsstörungen in der Integritätsentschädigung von 90 % enthalten.“⁵³³ Kein Integritätsschaden aus Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit liegt vor, wenn eine Schwangerschaft aufgrund des Alters auf natürlichem Wege ohnehin nicht mehr möglich wäre.⁵³⁴

E. Behinderungen mit sexueller Dysfunktion

Leistungen der Invalidenversicherung scheinen bei sexueller Dysfunktion, die Folge oder Teil einer Behinderung ist, nicht in Frage zu kommen.⁵³⁵ Insbesondere enthält die Liste der Hilfsmittel⁵³⁶ zur Herstellung des Kontakts mit der Umwelt (Art. 21 Abs. 2 IVG) keine sexualitätsbezogenen Hilfsmittel.

F. Beratungsmandat der Schwangerschaftsberatungsstellen zu sexueller Dysfunktion

Gestützt auf Art. 1 Abs. 3 Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen⁵³⁷ haben die Kantone Stellen für eine umfassende Schwangerschaftsberatung errichtet. Beratung bei sexuellen Funktionsstörungen, die einer Schwangerschaft im Wege stehen, gehören nicht zum bundesrechtlichen Grundauftrag dieser kantonalen Beratungsstellen. Die Kantone können jedoch „vorsehen,

⁵²⁸ Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung, AMZV) vom 9. November 2001, SR 812.212.22.

⁵²⁹ Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20.

⁵³⁰ Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982, SR 832.202.

⁵³¹ Siehe auch BGE 132 II 117 E. 2.3.3 S. 122 f.

⁵³² <<http://www.suva.ch>> Unfall > Versicherungsmedizin > Fachpublikationen > Integritätsentschädigung (besucht: 5.10.2016).

⁵³³ BÄR, S. 69.

⁵³⁴ BÄR, S. 68.

⁵³⁵ Rechtsprechung hierzu konnte keine gefunden werden.

⁵³⁶ Anhang der Verordnung des EDI vom 29.11.1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI).

⁵³⁷ Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen vom 9. Oktober 1981, SR 857.5. Weiterführend zu den Schwangerschaftsberatungsstellen siehe Kap. III.3.5.2.E.

dass Schwangerschaftsberatungsstellen auch Aufgaben von Stellen der Sexual-, Ehe- und Familienberatung erfüllen oder umgekehrt“ (Art. 1 Abs. 3 Verordnung über die Schwangerschaftsberatungsstellen⁵³⁸).⁵³⁹ Demnach entscheidet jeder Kanton, ob in seinen Beratungsstellen auch zu sexueller und in der Folge reproduktiver Dysfunktion beraten wird oder nicht.

3.5. Förderung, Erhalt und Wiederherstellung der reproduktiven Gesundheit

3.5.1. Verhütung

Schwangerschaften können entweder verhindert werden durch Methoden der reversiblen Empfängnisverhütung oder durch irreversible Sterilisation.⁵⁴⁰ Im Folgenden werden beide Varianten betrachtet.

Die unmittelbar an einer Schwangerschaft Beteiligten haben gemäss Art. 1 Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen „Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Hilfe“.⁵⁴¹ Diese Beratung umfasst explizit auch die Orientierung „über die medizinische Bedeutung des Schwangerschaftsabbruchs“.

A. Arzneimittel zur Verhütung und zur Notfallkontrazeption

Empfängnisverhütung mittels *Arzneimitteln* setzt insbesondere voraus, dass das entsprechende Produkt vom Schweizerischen Heilmittelinstitut für den Markt zugelassen wurde und die Abgabe auf ärztliche Verschreibung erfolgt (Abgabekategorie B). Diese Verschreibungspflicht verunmöglicht die anonyme Abgabe von Antikonzeptionsmedikamenten.⁵⁴² Damit die Kosten eines zugelassenen Arzneimittels von der allgemeinen Krankenversicherung übernommen werden, muss es auf der vom BAG erstellten Spezialitätenliste aufgeführt sein (siehe Kap. III.3.2.2). Bei Verhütungsmitteln ist dies nicht der Fall, womit die Grundversicherungen die Kosten nicht übernehmen dürfen.⁵⁴³ Dieser Ausschluss entspricht dem expliziten Willen des Bundesrates. Denn „Verhütungsmittel dienen weder der Prävention oder Behandlung einer Krankheit, noch stellen sie eine Leistung bei Mutterschaft dar. Eine Kostenübernahme liegt deshalb ausserhalb des Aufgabenbereichs der

⁵³⁸ Verordnung über die Schwangerschaftsberatungsstellen vom 12. Dezember 1983, SR 857.51.

⁵³⁹ Die kantonalen Ehe- und Familienberatungsstellen beruhen auf Art. 171 ZGB.

⁵⁴⁰ Zur Häufigkeit der Verhütung und der gewählten Verhütungsmethode seit 1992: SPÄTH et al.

⁵⁴¹ Ausführlicher zu den Schwangerschaftsberatungsstellen siehe Kap. III.3.5.2.E.

⁵⁴² Stellungnahme des Bundesrates vom 13.9.2013 zu 13.3494 – Motion Hodgers Antonio, Kostenlose Verhütungsmittel für Frauen unter zwanzig Jahren, vom 19.6.2013 (Motion wurde abgelehnt).

⁵⁴³ Urteil des Bundesgerichts 8C_824/2015 vom 19.5.2016 E. 13. Zur Voraussetzung der Listung siehe auch BGE 136 V 395 E. 5.1 S. 398.

OKP.⁵⁴⁴ Zudem liege es „in erster Linie in der individuellen Verantwortung, unerwünschte Schwangerschaften zu vermeiden.“⁵⁴⁵ Gemäss Urteil des Bundesgerichts müssen die Kosten für Empfängnisverhütungsmittel auch von der Sozialhilfe nicht übernommen werden.⁵⁴⁶ Um „gewissen Bevölkerungsgruppen, insbesondere (...) Migrantinnen in prekären Verhältnissen oder jungen Frauen,“ Unterstützung zu bieten, können, so der Bundesrat weiter, „niederschwellige Beratungszentren subventionierte Verhütungsmittel an diese Zielgruppen abgeben.“⁵⁴⁷

Arzneimittel zur *Notfallkontrazeption*, die „Pille danach“, gehören zur Abgabekategorie C, das heisst die Abgabe kann auf Basis einer Beratung durch die Apotheker_in oder die Ärzt_in erfolgen. Zudem kann „[d]er Kanton (...) Beraterinnen und Berater von Familienplanungsstellen, die über eine entsprechende kantonal anerkannte Ausbildung verfügen, ermächtigen, im Rahmen ihrer Tätigkeit die «Pille danach» abzugeben. Er [der Kanton] sorgt bei der Abgabe für ein einheitliches und sicheres Verfahren unter direkter Aufsicht einer Medizinalperson“ (Art. 25c VAM⁵⁴⁸). Damit sind die Abgabeanforderungen tiefer als für Empfängnisverhütungsmittel, die eine ärztliche Verschreibung bedingen. In Bezug auf die Leistungspflicht der Krankenversicherungen werden Notfallkontrazeptiva gleich behandelt wie Verhütungsmittel, nicht wie ein Schwangerschaftsabbruch: Die Kosten werden von der Grundversicherung nicht übernommen.⁵⁴⁹ Dies stimmt auch mit der strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs überein, welche den Beginn der Schwangerschaft im Zeitpunkt der Nidation ansetzt, mithin also nach der Anwendungsfrist von Notfallkontrazeptiva.⁵⁵⁰

Im sogenannten „Yasmin“-Urteil befasste sich das Bundesgericht mit der *Produktehaftpflicht* des Pharmaunternehmens, wenn die Einnahme des Verhütungsmittels (mutmasslich) zu einer venösen Thromboembolie mit schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen führt. Die in dem Fall betroffene junge Frau „erlitt eine beidseitige Lungenembolie und als Folge des Sauerstoffmangels eine schwere Hirnschädigung. Die Klägerin ist heute spastisch gelähmt und schwer invalid.“⁵⁵¹ Ihre Beschwerde wurde abgewiesen, da in der Fachinformation des verschreibungspflichtigen Arzneimittels auf das Risiko hingewiesen wurde.

⁵⁴⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 11.6.2010 zu 10.3306 – Motion Stump Doris, Zugang zu Verhütungsmitteln für alle Bevölkerungsgruppen, vom 19.3.2010 (Motion wurde nach 2 Jahren abgeschrieben). Sowie Stellungnahmen des Bundesrates vom 13.9.2013 zu: 13.3494 – Motion Hodgers Antonio, Kostenlose Verhütungsmittel für Frauen unter zwanzig Jahren, vom 19.6.2013 (Motion wurde abgelehnt); 10.3104 – Interpellation Gilli Yvonne, Sexuelle und reproduktive Gesundheit der Frau in der Schweiz. Eine Privatsache?, vom 15.3.2010; 10.3765 – Interpellation Seydoux-Christe Anne, Abgabe von Gratis-Musterpackungen oraler Kontrazeptiva an verschreibende Ärztinnen und Ärzte und Familienplanungsstellen, vom 30.9.2010; 10.4119 – Motion Stump Doris, Verhütungsmittel für Jugendliche und Personen in prekären finanziellen Verhältnissen, vom 17.12.2010.

⁵⁴⁵ Stellungnahme des Bundesrates vom 13.9.2013 zu 13.3494 – Motion Hodgers Antonio, Kostenlose Verhütungsmittel für Frauen unter zwanzig Jahren, vom 19.6.2013 (Motion wurde abgelehnt); Antwort des Bundesrates auf 10.5073 – Frage Stump Doris, Kostenloser Zugang zur Schwangerschaftsverhütung für alle, vom 8.3.2010.

⁵⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 8C_824/2015 vom 19.05.2016 E. 13.

⁵⁴⁷ Stellungnahme des Bundesrates vom 13.9.2013 zu 13.3494 – Motion Hodgers Antonio, Kostenlose Verhütungsmittel für Frauen unter zwanzig Jahren, vom 19.6.2013 (Motion wurde abgelehnt).

⁵⁴⁸ Verordnung über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung, VAM) vom 17. Oktober 2001, SR 812.212.21.

⁵⁴⁹ Basierend auf den Angaben zum Notfallkontrazeptivum Levonorgestrel.

⁵⁵⁰ BSK StGB II, SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, vor Art. 118 N 10 f.

⁵⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_365/2014, 4A_371/2014 vom 5.1.2015 Sachverhalt A.

B. Medizinprodukte zur Schwangerschaftsverhütung

Nebst Arzneimitteln können auch Medizinprodukte zur Verhütung eingesetzt werden.⁵⁵² Gleich wie Arzneimittel zur Empfängnisverhütung dürfen auch Intrauterinpessare „ausschliesslich auf ärztliche Verschreibung (...) abgegeben werden“ (Art. 1 lit. a VLvM⁵⁵³).

C. Sterilisation

„[D]ie Voraussetzungen, unter denen eine Sterilisation zu Verhütungszwecken zulässig ist, sowie das anwendbare Verfahren“ regelt seit dem 1. Juli 2005 das Sterilisationsgesetz. Damit sollte insbesondere das Kapitel der unter dem Titel der Fürsorge vorgenommenen Zwangssterilisationen beendet werden. Sterilisation wird dabei verstanden als „ein medizinischer Eingriff, mit dem die Fortpflanzungsfähigkeit einer Person auf Dauer aufgehoben wird“ (Art. 2 Abs. 2 SterilisationsG). In Frage kommen sowohl chirurgische als auch andere Methoden wie zum Beispiel Medikation.

Die *Voraussetzungen*, unter denen eine Sterilisation vorgenommen werden kann, unterscheiden zwischen:

- Personen unter 18 Jahren (Verbot gemäss Art. 3 SterilisationsG, vorbehältlich der ausnahmsweisen Zulässigkeit der Sterilisation von über 16-jährigen, dauernd urteilsunfähigen Personen nach Art. 7 Abs. 2 SterilisationsG)
- über 16-jährigen, dauernd urteilsunfähigen Person (Ausnahmsweise in den Grenzen von Art. 7 Abs. 2 SterilisationsG zulässig)⁵⁵⁴
- über 18-jährigen, urteilsfähigen Personen unter umfassender Beistandschaft (bei freier und schriftlicher Zustimmung nach umfassender Information sowie Zustimmung der gesetzlichen Vertreter_in und der Erwachsenenschutzbehörde zulässig gemäss Art. 6 SterilisationsG)
- über 18-jährigen, vorübergehend urteilsunfähigen Personen (Verbot gemäss Art. 4 SterilisationsG)
- über 18-jährigen urteilsfähigen Personen (bei freier und schriftlicher Zustimmung nach umfassender Information zulässig gemäss Art. 5 SterilisationsG)

Die *Kosten* einer Sterilisation werden von der Grundversicherung in den Fällen nach KLV Anhang 1 Ziff. 3 übernommen: „bei der Frau: Im Rahmen der ärztlichen Behandlung einer Frau in gebärfähig-

⁵⁵² So auch explizit die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. c Ziff. 4 MepV, Medizinprodukteverordnung (MepV) vom 17. Oktober 2001, SR 812.213: „Medizinprodukte sind einzeln oder miteinander verbunden verwendete Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Software, Stoffe, Zubehör oder andere medizinisch-technische Gegenstände, einschliesslich der speziell zur Anwendung für diagnostische oder therapeutische Zwecke bestimmten und für ein einwandfreies Funktionieren des Medizinprodukts eingesetzten Software: (...) die dazu dienen: (...) die Empfängnis zu regeln oder Diagnosen im Zusammenhang mit der Empfängnis zu stellen.“

⁵⁵³ Verordnung betreffend die Liste der verschreibungspflichtigen Medizinprodukte (VLvM) vom 22. Juni 2006, SR 812.213.6.

⁵⁵⁴ Diese Ausnahmen sind die Folgenden: Wenn a. die Sterilisation nach den gesamten Umständen im Interesse der betroffenen Person vorgenommen wird, b. die Zeugung und die Geburt eines Kindes nicht durch geeignete andere Verhütungsmethoden oder durch die freiwillige Sterilisation des urteilsfähigen Partners oder der urteilsfähigen Partnerin verhindert werden können, c. mit der Zeugung und der Geburt eines Kindes zu rechnen ist, d. nach der Geburt die Trennung vom Kind unvermeidlich wäre, weil die Elternverantwortung nicht wahrgenommen werden kann, oder wenn die Schwangerschaft die Gesundheit der betroffenen Frau erheblich gefährden würde, e. keine Aussicht besteht, dass die betroffene Person jemals die Urteilsfähigkeit erlangt, f. die Operationsmethode mit der grössten Refertilisierungsaussicht gewählt wird und g. die Erwachsenenschutzbehörde nach Artikel 8 zugestimmt hat.

gem Alter ist die Sterilisation eine Pflichtleistung, wenn eine Schwangerschaft wegen eines voraussichtlich bleibenden krankhaften Zustandes oder einer körperlichen Anomalie zu einer Gefährdung des Lebens oder zu einer voraussichtlich dauernden gesundheitlichen Schädigung der Patientin führen müsste und andere Methoden der Schwangerschaftsverhütung aus medizinischen Gründen (im Sinne weitherziger Interpretation) nicht in Betracht kommen. Beim Ehemann: Wo die zu vergütende Sterilisation der Frau nicht möglich oder vom Ehepaar nicht erwünscht ist, hat der Versicherer der Frau für die Kosten der Sterilisation des Ehemannes aufzukommen.⁵⁵⁵

Verschiedentlich diskutiert wurde die *Haftung der Ärzt_in für ein Kind*, das nach einer unterlassenen Sterilisation zur Welt kommt. In BGE 132 III 359 verurteilte das Bundesgericht einen Arzt, der treuwidrig eine von der Frau gewünschte Sterilisation nicht vorgenommen und die Eltern nicht darüber unterrichtet hatte, zur Zahlung des Kindsunterhaltes im Umfang von 140 000.- CHF.

Wird eine Sterilisation vorsätzlich und *ohne Einwilligung* respektive Rechtfertigung (im Sinne der Vorgaben des Sterilisationsgesetzes) vorgenommen, so qualifiziert die Handlung strafrechtlich als schwere Körperverletzung. Eine solche „wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft“ (Art. 122 StGB). Des Weiteren wird die zwangsweise Sterilisation verschiedentlich als mögliche Tathandlung genannt im Rahmen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. So kennt der Tatbestand des Völkermordes als eine der möglichen relevanten Taten das Anordnen oder Treffen von „Massnahmen (...), die auf die Geburtenverhinderung innerhalb der Gruppe gerichtet sind“ (Art. 264 lit. c StGB). Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne von Art. 264a StGB begeht namentlich, „wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung (...) eine Person weiblichen Geschlechts (...) zwangsweise sterilisiert“ (Art. 264c Abs. 1 lit. g StGB). Und ein Kriegsverbrechen nach Art. 264a StGB begeht, „(...) wer im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt: (...) b. eine vom humanitären Völkerrecht geschützte Person weiblichen Geschlechts (...) zwangsweise sterilisiert“ (Art. 264e Abs. 1 lit. b StGB).

3.5.2. Schwangerschaft

Verschiedene rechtliche Schutzmassnahmen zugunsten von schwangeren Personen,⁵⁵⁶ und damit auch dem ungeborenen Kind, enthalten vorab das Gesundheits- und das Arbeitsrecht. Solche explizite Schutzmassnahmen sind beispielsweise Warnhinweise zur Anwendung von Arzneimitteln während der Schwangerschaft (gemäss den Anhängen zur AMZV), Warnhinweise auf Lebensmitteln, im Umweltschutz die Berücksichtigung von besonders empfindlichen Personengruppen wie Schwangeren in der Festlegung der Immissionsgrenzwerte (Art. 13 USG⁵⁵⁷) oder in der Humanforschung das Verbot von „Forschungsprojekte[n], die eine Änderung von Eigenschaften des Embryos oder des Fötus ohne Bezug zu einer Krankheit zum Ziel haben“ sowie der Einbezug der Interessen des Embryos in der Beurteilung von Forschungsprojekten (Art. 25 ff. HFG⁵⁵⁸).

⁵⁵⁵ Zur Voraussetzung des bereits vorliegenden krankhaften Zustandes der Mutter: Urteil des Eidg. Versicherungsgericht K 992 vom 26.6.1998 E. 3, publiziert in Kranken- und Unfallversicherung Rechtsprechung und Verwaltungspraxis (RKUV) 5/1998 S. 390–393.

⁵⁵⁶ Ausführlich zu Mutterschaft, inklusive Schwangerschaft und Geburt: PERRENOUD.

⁵⁵⁷ Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01.

⁵⁵⁸ Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG) vom 30. September 2011, SR 810.30.

A. Arbeitsrechtlicher Schutz bei Schwangerschaft

Das Arbeitsrecht hält ein gesamtes Schutzsystem bereit, um gesundheitliche Beeinträchtigungen von Schwangeren und Ungeborenen möglichst zu verhindern.⁵⁵⁹

Allgemein verankert das *Gleichstellungsgesetz* die Unzulässigkeit direkter und indirekter Benachteiligungen von „Arbeitnehmerinnen (...) aufgrund ihres Geschlechts (...), namentlich nicht unter Berufung (...) auf eine Schwangerschaft“ (Art. 3 Abs. 1 GIG). Dass explizit nur Arbeitnehmerinnen genannt werden in Bezug auf Schwangerschaft ist wohl darauf zurückzuführen, dass sich der Gesetzgeber nicht bewusst war, dass auch Transmänner schwanger werden können. Der gesetzliche Schutz muss diesen jedoch nicht weniger zukommen als weiblichen Arbeitnehmerinnen.

Während Schwangerschaft und Stillzeit gilt eine mehrfach *eingeschränkte Arbeitspflicht* sowie grundsätzlich, dass die Beschäftigung des Einverständnisses der Person bedarf (bis zur 16. Woche nach der Niederkunft). Schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit berechtigt, gleich wie Krankheit, zu Lohnfortzahlung (Art. 324a Abs. 3 OR). Nach der Niederkunft gilt während acht Wochen ein absolutes Beschäftigungsverbot und ein Anspruch auf mindestens 14 Wochen Urlaub mit Mutterschaftsentschädigung (Art. 329f OR; Art. 16b ff. EOG).⁵⁶⁰ Zudem können Schwangere und Stillende unter Lohnverzicht auf blosser Anzeige hin die Arbeit verlassen oder ihr fernbleiben (Art. 35a ArG⁵⁶¹). Die tägliche Arbeitszeit von Schwangeren und Stillenden darf höchstens neun Stunden betragen und nicht mehr als die vereinbarte ordentliche Tagesarbeitszeit (Art. 60 Abs. 1 ArGV 1⁵⁶²). Ab der 8. Woche vor der Niederkunft darf keine Abend- und Nachtarbeit (20–6 Uhr) geleistet werden. Nachtarbeitenden ist „nach Möglichkeit eine gleichwertige Arbeit zwischen 6 Uhr und 20 Uhr anzubieten.“ Andernfalls besteht Anspruch auf 80 % des Lohnes (Art. 35b ArG).

Sowohl das Arbeitsgesetz als auch diverse *berufsspezifische* Verordnungen verbieten während Schwangerschaft und Stillzeit „beschwerliche und gefährliche Arbeiten aus gesundheitlichen Gründen“ oder machen diese von besonderen Voraussetzungen wie einer Risikobeurteilung oder geeigneten Schutzmassnahmen abhängig (Art. 35 Abs. 2 ArG). Art. 62 ff. ArGV 1 und die Mutterschutzverordnung⁵⁶³ konkretisieren diesen Schutz weiter. Kann die übliche Arbeit aufgrund ihrer Beschwerlichkeit oder Gefährlichkeit nicht ausgeübt werden, so ist, gleich wie bei Abend- und Nachtarbeit, entweder Ersatzarbeit anzubieten oder 80 % des Lohnes zu entrichten.

Nach Ablauf der Probezeit⁵⁶⁴ greift im Falle von Schwangerschaft ein expliziter Schutz gegen *Kündigungen* zur Unzeit. Die Kündigung durch die Arbeitgeber_in „(...) während der Schwangerschaft

⁵⁵⁹ Einen guten Überblick bietet MEIER-GUBSER.

⁵⁶⁰ Für Fälle, in denen ein Neugeborenes über drei Wochen im Spital verbleiben muss, soll eine länger dauernde Mutterschaftsentschädigung vorgesehen werden, so die Forderung in 16.3631 – Motion Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit Ständerat, Länger dauernde Mutterschaftsentschädigung bei längerem Spitalaufenthalt des Neugeborenen, vom 30.8.2016, (angenommen vom Ständerat am 13.12.2016 und vom Nationalrat am 7.6.2017).

⁵⁶¹ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11.

⁵⁶² Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111.

⁵⁶³ Verordnung des WBF über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung) vom 20. März 2001, SR 822.111.52.

⁵⁶⁴ Während der Probezeit ist eine Kündigung wegen Schwangerschaft missbräuchlich, nicht aber nichtig. Das heisst, das Arbeitsverhältnis wird aufgehoben, die missbräuchlich gekündigte Person hat aber einen Entschädigungsanspruch (Art. 336a OR; Art. 9 GIG).

und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin“ ist nichtig (Art. 336c OR).⁵⁶⁵ Zudem wird dadurch das Diskriminierungsverbot des Gleichstellungsgesetzes verletzt (Art. 3 GIG).⁵⁶⁶ Ob die Person zum Zeitpunkt der Kündigung bereits weiss, dass sie schwanger ist, ist irrelevant und auch die Arbeitgeber_in muss nicht über die Schwangerschaft informiert sein. Der Beginn der Schwangerschaft ist, so das Bundesgericht, zum Zeitpunkt der Befruchtung, nicht der Einnistung.⁵⁶⁷ Auch dürfen „[d]ie Ferien (...) vom Arbeitgeber (...) nicht gekürzt werden, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monate an der Arbeitsleistung verhindert ist oder (...) sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG) bezogen hat“ (Art. 329b Abs. 3 OR).

B. Taggeldleistungen bei Mutterschaft und Vaterschaftsurlaub

In der freiwilligen *Taggeldversicherung* können gemäss Art. 72 Abs. 1 KVG Versicherer und Versicherungsnehmer eine Deckungsbeschränkung auf Krankheit und Mutterschaft vereinbaren. Umfasst die Taggeldversicherung das Risiko Mutterschaft, so haben „[d]ie Versicherer (...) bei Schwangerschaft und Niederkunft das versicherte Taggeld auszurichten, wenn die Versicherte bis zum Tag ihrer Niederkunft während mindestens 270 Tagen und ohne Unterbrechung von mehr als drei Monaten versichert war.“ Der zeitliche Umfang der Taggeldleistung beträgt 16 Wochen, wovon mindestens acht nach der Niederkunft liegen müssen (Art. 74 KVG).

IV-Berechtigte, die eine Eingliederungsmassnahme wegen Mutterschaft unterbrechen müssen, erhalten weiterhin ein Taggeld, „wenn sie keinen Anspruch auf ein Taggeld einer anderen obligatorischen Sozialversicherung oder auf ein Taggeld einer freiwilligen Taggeldversicherung in mindestens der gleichen Höhe wie das Taggeld der Invalidenversicherung haben“ (Art. 22 Abs. 6 IVG i. V. m. Art. 20^{quater} IVV⁵⁶⁸).

Diskutiert wird auch die Einführung eines *Vaterschaftsurlaubes* oder von Elternzeit.⁵⁶⁹ Das geltende Recht enthält keinen expliziten Anspruch des Vaters auf Urlaub bei Geburt seines Kindes. Art. 329 Abs. 3 OR gewährt den Arbeitnehmenden jedoch „die üblichen freien Stunden und Tage“, worunter auch mindestens ein freier Tag bei Geburt eines Kindes verstanden wird. Den Arbeitgebenden steht es frei, den Vätern mehr freie Zeit zu gewähren. Hingegen kann der Mutterschaftsurlaub nach dem Erwerbsersatzgesetz nicht auf beide Elternteile aufgeteilt werden; Art. 16b EOG spricht diesen eindeutig der „Frau“ zu. Nach Ansicht des Bundesgerichts (BGE 140 I 305, Regeste) wäre zudem „ein solches Splitting unvereinbar (...) mit Art. 4 des zur Ratifikation vorgesehenen Übereinkommens Nr. 183 der IAO über den Mutterschutz, welcher den Frauen einen Mindestanspruch von 14 Wochen Mutterschaftsurlaub garantiert, der nicht unterschritten werden kann“. Im Parlament wurde seit 1998 eine Vielzahl an Vorstössen eingereicht, die einen Vaterschaftsurlaub

⁵⁶⁵ Nach MEIER-GUBSER, S. 148 f., greift dieser Kündigungsschutz nicht bei gerechtfertigter fristloser Entlassung. Zulässig in dieser Sperrzeit sind auch die Kündigung durch die Arbeitnehmerin sowie die Einigung auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

⁵⁶⁶ FREIVOGL, Art. 3, N 65 in: KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN. Rechtsmissbräuchlich ist auch die Kündigung „wegen vermuteter oder möglich werdender Schwangerschaft“.

⁵⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_400/2016 vom 26.1.2017.

⁵⁶⁸ Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961, SR 831.201.

⁵⁶⁹ Zu Mutterschutz und Vaterschaftsurlaub siehe GROHSMANN, Vaterschaftsurlaub.

oder geteilte Elternzeit fordern – bisher erfolglos.⁵⁷⁰ Eine Volksinitiative mit ebendiesem Ziel ist zustande gekommen.⁵⁷¹

In der politischen Diskussion ist zudem die Einführung eines Elternurlaubs von zwei Wochen, wenn ein Kind von unter vier Jahren adoptiert wird. Gemäss dem Vorentwurf sollen, anders als bei Geburt, die Eltern frei entscheiden können, wer von ihnen diese Elternzeit bezieht.⁵⁷²

C. Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bei Mutterschaft

Im Sozialversicherungsrecht wird Schwangerschaft, zusammen mit der Niederkunft und der nachfolgenden Erholungszeit der Mutter, unter den Begriff der „Mutterschaft“ subsumiert (Art. 5 ATSG).

Dabei im Vordergrund stehen die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. Die Krankenpflegeversicherung übernimmt gemäss Art. 29 KVG „(...) neben den Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit die Kosten der besonderen Leistungen bei Mutterschaft. Diese Leistungen umfassen: a. die von Ärzten und Ärztinnen oder von Hebammen durchgeführten oder ärztlich angeordneten Kontrolluntersuchungen während und nach der Schwangerschaft; b. die Entbindung zu Hause, in einem Spital oder einem Geburtshaus sowie die Geburtshilfe durch Ärzte und Ärztinnen oder Hebammen; c. die notwendige Stillberatung; d. die Pflege und den Aufenthalt des gesunden Neugeborenen, solange es sich mit der Mutter im Spital aufhält.“ Weiter konkretisiert werden die übernommenen besonderen Leistungen bei Mutterschaft (Kontrolluntersuchungen, Geburtsvorbereitung, Stillberatung und Leistungen der Hebammen) in Art. 13 ff. KLV. Gemäss Analysenliste Ziff. 1659 explizit zu übernehmen sind zudem „Human Choriongonadotropin (HCG), ql, Schwangerschaftstest“; ansonsten werden Schwangerschaftstests nicht übernommen, da sie nicht der Diagnose einer Krankheit dienen.⁵⁷³ Diese Leistungen im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind auch schwangeren Personen, die Sozialhilfe beziehen, zu gewährleisten.⁵⁷⁴

Innerhalb des Systems der allgemeinen Krankenversicherung kommt Mutterschaft eine bevorzugte Stellung zu, da die Versicherung für den Grossteil der Leistungen von der versicherten Person keine Kostenbeteiligung erheben darf (Art. 64 Abs. 7 KVG). Von dieser Selbstbehaltbefreiung erfasst sind die oben erwähnten Leistungen nach Art. 29 Abs. 2 KVG sowie „Leistungen nach den Artikeln 25 und 25a [KVG],⁵⁷⁵ die ab der 13. Schwangerschaftswoche, während der Niederkunft und bis acht Wochen nach der Niederkunft erbracht werden.“ Bevorzugt behandelt werden können

⁵⁷⁰ 98.3043 – Motion Jutzet Erwin, Vaterschaftsurlaub, vom 23.1.1998, Forderung einer Woche Vaterschaftsurlaub. Ab dem Jahr 2006 wurden diverse Vorstösse mit unterschiedlichen Lösungsvorschlägen hierzu eingereicht. Am 29.9.2016 lehnte der Nationalrat die Einführung einer „Elternzeit von 18 Monaten – wovon mindestens sechs Monate vom Vater bezogen werden sollen“ ab: 14.4161 – Motion Trede Aline, Elternurlaub, vom 11.12.2014. Von den zuständigen Kommissionen des National- und des Ständerates Folge gegeben wurde der Forderung, „dass bei einem Todesfall der Mutter innerhalb von 14 Wochen nach der Geburt der Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen vollumfänglich dem Vater gewährt wird“: 15.434 – Parlamentarische Initiative Kessler Margrit, Mutterschaftsurlaub für hinterbliebene Väter, vom 8.6.2015. Vom Nationalrat nicht Folge gegeben wurde 16.453 – Parlamentarische Initiative Bertschy Kathrin, Elternzeit von 14 Wochen für beide Elternteile bei beidseitiger Erwerbstätigkeit, vom 17.6.2016.

⁵⁷¹ Eidgenössische Volksinitiative „Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie“, Zustandekommen, BBl 2017 5473.

⁵⁷² 13.478 – Parlamentarische Initiative Romano Marco, Einführung einer Adoptionsentschädigung, vom 12.12.2013.

⁵⁷³ VAUCHER/ZOLLIKOFER, S. 171, nach PERRENOUD, S. 608.

⁵⁷⁴ SKOS, Richtlinien 2016, B.5.I.

⁵⁷⁵ Art. 25 KVG Allgemeine Leistungen bei Krankheit; Art. 25a KVG Pflegeleistungen bei Krankheit.

auch im Ausland erfolgte Entbindungen. Während für andere medizinische Behandlungen im Ausland Leistungspflicht nur in Notfällen oder aus medizinischen Gründen besteht (siehe Kap. III.3.2.2), kann der Bundesrat vorsehen, dass die Kosten für Entbindungen im Ausland auch aus andern als medizinischen Gründen übernommen werden müssen (Art. 34 Abs. 2 Satz 2 KVG).

D. Renten für schwangere Witwen und Waisen

Der schwangeren Ehefrau steht beim Tod des Ehemannes ein gleicher Anspruch auf Witwenrente zu wie einer verwitweten Mutter. Dies jedoch unter dem Vorbehalt der Lebendgeburt des Kindes. Die Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes wird dann vermutet, wenn „das Kind innert 300 Tagen seit“ seinem Tod geboren wird (Art. 46 Abs. 1 AHVV⁵⁷⁶).

Schwangerschaft wird überdies im AHV-Recht erwähnt in Bezug auf die Kinder der verstorbenen Person. Diesen steht eine Waisenrente bis zum vollendeten 18. Altersjahr zu beziehungsweise bis zum vollendeten 25. Altersjahr, wenn sie sich in Ausbildung befinden (Art. 25 Abs. 5 AHVG). Unterbricht ein Kind die Ausbildung schwangerschaftsbedingt während längstens 12 Monaten und setzt sie danach fort, so gilt die Ausbildung nicht als abgebrochen respektive beendet und der Rentenanspruch bleibt bestehen (Art. 49^{ter} Abs. 3 lit. c AHVV).

E. Schwangerschaftsberatungsstellen

Gemäss dem Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen⁵⁷⁷ errichten alle Kantone „Stellen für eine umfassende Schwangerschaftsberatung“ (Art. 1 Abs. 3). Diese Stellen bieten den unmittelbar an einer Schwangerschaft Beteiligten „unentgeltliche Beratung und Hilfe“ (Art. 1 Abs. 1) indem die Ratsuchenden „über die privaten und öffentlichen Hilfen, auf die sie bei Fortsetzung der Schwangerschaft zählen können, (...) und über die Schwangerschaftsverhütung orientiert“ werden (Art. 1 Abs. 2). Gedacht waren die im Gesetzgebungsprozess unbestrittenen⁵⁷⁸ Beratungsstellen „als flankierende Massnahme zum Schutze der Schwangerschaft (...).“⁵⁷⁹ Die Schwangerschaft soll jedoch nicht bedingungslos geschützt werden, sondern die Beratungsstellen orientieren auch neutral über den Schwangerschaftsabbruch (siehe Kap. III.3.5.3).

In der Erarbeitung des Gesetzes war umstritten, ob die Beratungsstellen im Strafgesetzbuch oder in einem Spezialgesetz verankert werden sollen. Sowohl eine Kommissionsmehrheit als auch der Bundesrat erachteten das Strafrecht aus systematischen Gründen als den falschen Ort, weshalb die Beratungsstellen nun in einem kurzen, eigenen Gesetz geregelt sind.⁵⁸⁰ Uneinig war man sich zudem, ob der Bund die Stellen bis zu einem Drittel subventionieren soll oder ob die Finanzierung allein den Kantonen auferlegt werden soll. Die in einem ersten Entwurf angeregte Bundessubvention wurde jedoch ersatzlos und explizit gestrichen.⁵⁸¹ Nichtsdestotrotz schreibt Art. 1 Abs. 4 vor, dass „[d]ie Beratungsstellen (...) über genügend Mitarbeiter und finanzielle Mittel verfügen [müssen], um die Beteiligten ohne Verzug unentgeltlich zu beraten und ihnen die notwendige Hilfe zu

⁵⁷⁶ Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101.

⁵⁷⁷ Bundesgesetz über die Schwangerschaftsberatungsstellen vom 9. Oktober 1981, SR 857.5

⁵⁷⁸ Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBI 1979 II 1037, S. 1066, 1072.

⁵⁷⁹ Bundesrat, Schwangerschaftsabbruch, BBI 1980 III 1047, S. 1056.

⁵⁸⁰ Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBI 1979 II 1037, S. 1066; Bundesrat, Schwangerschaftsabbruch, BBI 1980 III 1047, S. 1055.

⁵⁸¹ Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBI 1979 II 1037, S. 1067 f.; Bundesrat, Schwangerschaftsabbruch, BBI 1980 III 1047, S. 1056.

gewähren.“ Zur Umsetzung dieser Pflicht können die Kantone, so Art. 1 Abs. 3, die „Stellen gemeinsam errichten, bestehende anerkennen [oder] für die Einrichtung und den Betrieb private Organisationen heranziehen.“

F. Schwangerschaft im Vollzug von Freiheitsstrafen

Im Strafrecht spielt Schwangerschaft – abgesehen vom im nächsten Kapitel betrachteten Schwangerschaftsabbruch – primär beim Vollzug von Freiheitsstrafen eine Rolle. Nach Art. 80 Abs. 1 lit. b StGB kann „bei Schwangerschaft, Geburt und für die Zeit unmittelbar nach der Geburt“ zu Gunsten der Gefangenen von den allgemeinen Vollzugsregeln abgewichen werden.

3.5.3. Schwangerschaftsabbruch

Das Strafgesetzbuch verankert die sogenannte Fristenregelung. Damit sollte ein Kompromiss gefunden werden zwischen der „Ehrfurcht vor dem keimenden Leben“ und den Rechtsgütern der schwangeren Person, namentlich ihrer Gesundheit und ihrer Autonomie.⁵⁸²

A. Straffloser Schwangerschaftsabbruch

Die Fristenregelung im Strafgesetzbuch verankert die Voraussetzungen, unter denen eine Schwangerschaft strafflos abgebrochen werden kann.

Strafflos erfolgt der Abbruch, so der Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 StGB, „wenn er innerhalb von zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode auf schriftliches Verlangen der schwangeren Frau, die geltend macht, sie befinde sich in einer Notlage, durch eine zur Berufsausübung zugelassene Ärztin oder einen zur Berufsausübung zugelassenen Arzt vorgenommen wird. Die Ärztin oder der Arzt hat persönlich mit der Frau vorher ein eingehendes Gespräch zu führen und sie zu beraten.“ In den *ersten zwölf Wochen* entscheidet die schwangere Person demnach selbstbestimmt über Abbruch oder Fortführung der Schwangerschaft; ob tatsächlich eine Notlage vorliegt, wird nicht überprüft, auch nicht durch die Ärzt_in. Dieses Erfordernis sollte allein bewirken, „dass sich die Frau über ihren Entscheid in Abwägung aller Aspekte Klarheit verschaffen und ihre eigene Situation reflektieren muss.“⁵⁸³

Nach Ablauf dieser 12-Wochen-Frist ist der Schwangerschaftsabbruch nur noch dann strafflos, „wenn er nach ärztlichem Urteil notwendig ist, damit von der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abgewendet werden kann. Die Gefahr muss umso grösser sein, je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist“ (Art. 119 Abs. 1 StGB). Damit berechtigen sowohl medizinische (psychische oder physische) als auch sozial-medizinische Indikationen zum Abbruch, vorausgesetzt, eine Ärzt_in erachtet diese als gegeben und den Abbruch als notwendig. Zulässig kann der Abbruch insbesondere auch bei Suizidgefahr der Schwangeren sein. Die Schwangerschaft im strafrechtlichen Sinn endet mit „dem Beginn der Eröffnungswehen respektive dem Eröffnen der Bauchdecke bei der Schnittentbindung“.⁵⁸⁴

⁵⁸² Bundesrat, Schwangerschaftsabbruch, BBl 1980 III 1047, S. 1049.

⁵⁸³ TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 89.

⁵⁸⁴ TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 80; BSK StGB II, SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, vor Art. 118 N 12, Art. 118 N 4; DONATSCH, Art. 118 N 4. BGE 119 IV 207 E. 2. Zur Häufigkeit von Spätabbrüchen siehe die Stellungnahme des Bundesrates vom 3.3.2017 zu 16.4043 – Interpellation Von Siebenthal Erich, Abtreibungen in der Schweiz, vom 15.12.2016.

Stets vorausgesetzt wird nicht nur die informierte Einwilligung der schwangeren Person, sondern auch ein von ihr eingereichtes *schriftliches Gesuch*. Verlangt die Ärzt_in kein solches Gesuch vor dem Eingriff, wird sie mit Busse bestraft (Art. 120 Abs. 1 lit. a StGB).

Dem Schwangerschaftsabbruch geht zwingend ein persönliches *Beratungsgespräch* mit der Ärzt_in voraus. Dieses eingehende Gespräch umfasst mindestens Informationen „über die gesundheitlichen Risiken des Eingriffs“. Zudem ist „gegen Unterschrift ein Leitfaden auszuhändigen, welcher enthält: 1. ein Verzeichnis der kostenlos zur Verfügung stehenden Beratungsstellen, 2. ein Verzeichnis von Vereinen und Stellen, welche moralische und materielle Hilfe anbieten, und 3. Auskunft über die Möglichkeit, das geborene Kind zur Adoption freizugeben“ (Art. 120 Abs. 1 lit. b StGB). Die ärztliche Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs ohne diese Mindestinformation wird mit Busse bestraft. Besondere Pflichten treffen die vornehmende Ärzt_in bei Schwangeren unter 16 Jahren: Sie hat „sich persönlich zu vergewissern, dass (...) [die schwangere Person] sich an eine für Jugendliche spezialisierte Beratungsstelle gewandt hat“ (Art. 120 Abs. 1 lit. c StGB). Zusätzlich zu dem obligatorischen Beratungsgespräch sollen die Beteiligten die Möglichkeit haben, „sich an eine kompetente und neutrale Stelle wenden [zu] können, die ihnen unvoreingenommen und unentgeltlich mit Rat und Tat beisteht, aber keinerlei Druck auf sie ausübt und sie ihren Entscheid frei treffen lässt.“⁵⁸⁵ Diese Beratungsaufgabe nehmen die kantonal geführten Schwangerschaftsberatungsstellen wahr (siehe Kap. III.3.5.2.E).

Berechtigt zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sind alle zugelassenen Ärzt_innen, unabhängig ihrer Fachrichtung, sofern sie fähig sind, den Eingriff *lege artis* durchzuführen. In der Wahl der *Ärzt_in, die den Schwangerschaftsabbruch vornehmen soll*, ist die schwangere Person genau so wenig eingeschränkt wie bei Krankheitsbehandlungen. Diese freie Arztwahl wird ergänzt durch die Organisationsregel, dass „[d]ie Kantone (...) die Praxen und Spitäler [bezeichnen], welche die Voraussetzungen für eine fachgerechte Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen und für eine eingehende Beratung erfüllen“ (Art. 119 Abs. 4 StGB). Kann der Gefährdung des Lebens der schwangeren Person oder einer „grossen Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit“ nur durch Schwangerschaftsabbruch begegnet werden, so steht gemäss Bundesgericht „[d]ie Wahl des eigenen Arztes ohne zeitliche Einschränkung (...) in spezifischer Weise im Zusammenhang mit der körperlichen Integrität“ (BGE 115 Ia 234 E. 5a). Insbesondere eine Wartezeit vor der Behandlung durch die gewählte Ärzt_in ist demnach ein Grundrechtseingriff, der der entsprechenden Rechtfertigung nach Art. 36 BV bedarf.

Jeder Schwangerschaftsabbruch ist von der Ärzt_in unter Wahrung der Anonymität der Schwangeren „zu statistischen Zwecken der zuständigen Gesundheitsbehörde“ zu melden (Art. 119 Abs. 5 StGB). Unterlassene *Meldungen* werden nach Art. 120 Abs. 2 StGB gebüsst.

B. Strafbarer Schwangerschaftsabbruch

Flankiert wird die Regelung des straflosen Schwangerschaftsabbruches von der Regelung des strafbaren Schwangerschaftsabbruches (Art. 118 StGB). Strafbar macht sich demnach, „[w]er eine Schwangerschaft mit Einwilligung der schwangeren Frau abbricht oder eine schwangere Frau zum Abbruch der Schwangerschaft anstiftet oder ihr dabei hilft, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 119 erfüllt sind“ (Art. 118 Abs. 1 StGB), „[w]er eine Schwangerschaft ohne Einwilligung der schwangeren Frau abbricht“ (Art. 118 Abs. 2 StGB) sowie „[d]ie Frau, die ihre Schwangerschaft nach Ablauf der zwölften Woche seit Beginn der letzten Periode abbricht, abrechnen lässt oder

⁵⁸⁵ Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBl 1979 II 1037, S. 1067 f.

sich in anderer Weise am Abbruch beteiligt, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 119 Absatz 1 erfüllt sind“ (Art. 118 Abs. 3 StGB).

C. Leistungen der Krankenversicherung bei Schwangerschaftsabbruch

Die Kosten für einen im Sinne von Art. 119 StGB straflosen Schwangerschaftsabbruch „übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung“, begrenzt auf „die gleichen Leistungen wie bei Krankheit“ (Art. 30 KVG). Das Vorliegen einer leistungsbegründenden medizinischen Indikation für den Schwangerschaftsabbruch wird dabei von der Versicherung nicht zusätzlich zur behandelnden Ärzt_in überprüft.⁵⁸⁶

Unzulässig wäre es, eine Krankenpflegeversicherung anzubieten, welche im Gegenzug zu tieferen Prämien die Kosten eines Schwangerschaftsabbruches nicht übernimmt. Dies ist nur bei privaten Zusatzversicherungen zulässig.⁵⁸⁷

D. Schwangerschaftsabbruch im Arbeitsrecht

In Bezug auf das Arbeitsrecht ist primär relevant, ob auch Schwangerschaftsabbrüche zu den Leistungen bei „Niederkunft“ berechtigen. Diese Frage ist in der Literatur umstritten, wird aber eher verneint.⁵⁸⁸

E. Schwangerschaftsabbruch und genetische Untersuchung, Humanforschung und Transplantation

Weitere gesundheitsrechtliche Erlasse wie das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, das Humanforschungsgesetz oder das Transplantationsgesetz⁵⁸⁹ regeln ebenfalls verschiedene Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs.

Wird im Rahmen einer *pränatalen genetischen Untersuchung* „eine schwerwiegende unheilbare Störung festgestellt, so ist die Frau auch über Alternativen zum Schwangerschaftsabbruch zu informieren und auf Vereinigungen von Eltern behinderter Kinder sowie Selbsthilfegruppen aufmerksam zu machen“ (Art. 15 Abs. 3 GUMG; siehe Kap. III.3.5.4).

Das *Humanforschungsgesetz* reguliert die Forschung an Embryonen und Föten aus Schwangerschaftsabbrüchen mit dem Ziel, den Schwangerschaftsabbruch und das Forschungsprojekt klar voneinander zu trennen. So darf die schwangere Person erst für das Forschungsprojekt angefragt werden, wenn sie sich bereits für den Abbruch der Schwangerschaft entschieden hat und die je mitwirkenden Personen unterschiedliche sein. Auch „Zeitpunkt und Methode des Schwangerschaftsabbruchs müssen unabhängig vom Forschungsprojekt gewählt werden“ (Art. 39 HFG). Überdies darf die schwangere Person „für die Teilnahme an einem Forschungsprojekt über Methoden des Schwangerschaftsabbruchs erst angefragt werden, nachdem sie sich zum Schwangerschaftsabbruch entschlossen hat“ (Art. 27 HFG).

⁵⁸⁶ Parlamentarische Initiative Änderung des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19.3.1998, BBl 1998 3005, S. 3019.

⁵⁸⁷ Stellungnahme des Bundesrates vom 17.2.1999 zu 98.3619 – Interpellation Stump Doris, Grundversicherung ohne Schwangerschaftsabbruch?, vom 17.12.1998; 16.3834 – Interpellation Mazzone Lisa, Schwangerschaftsabbruch: Sind die Mitglieder von Pro Life richtig informiert?, vom 29.9.2016.

⁵⁸⁸ Siehe hierzu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N9, m. w. H.

⁵⁸⁹ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, SR 810.21.

Vergleichbare Grundsätze der Trennung gelten für die *Transplantation* von embryonalen oder fötalen menschlichen Geweben oder Zellen aus Schwangerschaftsabbrüchen. Art. 37 Abs. 2 TransplantationsG verbietet zudem explizit „a. (...) abortierte Embryonen oder Föten als Ganzes künstlich am Leben zu erhalten, um ihnen Gewebe oder Zellen zu Transplantationszwecken zu entnehmen; b. embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen einer Person zu transplantieren, die von der Spenderin dafür bezeichnet worden ist; c. embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen von urteilsunfähigen Frauen zu Transplantationszwecken zu verwenden.“

3.5.4. Pränatale genetische Untersuchungen

A. Begriffsklärungen

Pränatale *genetische Untersuchungen* definiert das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Art. 3 lit. f GUMG) als „genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft zur Abklärung von Eigenschaften des Erbguts des Embryos oder des Fötus“. Diese sind zu unterscheiden von pränatalen Risikoabklärungen und von Untersuchungen zur Familienplanung. Pränatale *Risikoabklärungen* sind gemäss Art. 3 lit. g GUMG „Laboruntersuchungen, die Hinweise auf das Risiko einer genetischen Anomalie des Embryos oder des Fötus geben, sowie Untersuchungen des Embryos oder des Fötus mit bildgebenden Verfahren“. Pränatale genetische Untersuchungen und pränatale Risikoabklärungen werden zusammengefasst als *pränatale Untersuchungen* (Art. 3 lit. e GUMG). Demnach können pränatale Untersuchungen Gentests sein, müssen aber nicht; erfasst werden auch andere Analysetechniken, soweit diese Rückschlüsse auf „das Erbgut des Embryos oder Fötus (...) erlauben“.⁵⁹⁰

Untersuchungen zur Familienplanung werden in Art. 3 lit. h GUMG definiert als „genetische Untersuchungen zur Abklärung eines genetischen Risikos für künftige Nachkommen“. „Dabei geht es in erster Linie“, so die bundesrätliche Botschaft zum GUMG, „um die Feststellung einer Anlageträgerschaft (rezessives Gen, das beim Träger oder der Trägerin selber keine Krankheit auslöst)“. Zeitlich werden diese Untersuchungen vor der Zeugung, „im Vorfeld einer Schwangerschaft durchgeführt“, demnach früher als die pränatalen Untersuchungen.⁵⁹¹

B. Zulässige zu untersuchende Eigenschaften

Art. 11 GUMG schränkt ein, was mittels pränataler Untersuchungen abgeklärt werden darf. *Aktuell* sind nach dieser Bestimmung pränatale Untersuchungen verboten, „die darauf abzielen, Eigenschaften des Embryos oder des Fötus, welche dessen Gesundheit nicht direkt beeinträchtigen, zu ermitteln oder das Geschlecht des Embryos oder des Fötus zu einem anderen Zweck als der Diagnose einer Krankheit festzustellen.“ Vorausgesetzt wird also ein Bezug zur Gesundheit. Dieser Gesundheitsbezug ist, so BRAUER et al., nur gegeben, wenn die Krankheit voraussichtlich im Laufe des Lebens auch ausbrechen wird; allein die Trägerschaft einer Krankheit rechtfertigt demnach keine pränatale Untersuchung.⁵⁹²

Gegenwärtig wird ein Vorschlag zur *Revision* der Regelung pränataler Untersuchungen ausgearbeitet.⁵⁹³ In der Revision war zuerst vorgeschlagen worden, dass pränatale Untersuchungen nur

⁵⁹⁰ BRAUER et al., S. 192.

⁵⁹¹ Botschaft GUMG, BBl 2002 7361, S. 7394.

⁵⁹² BRAUER et al., S. 208.

⁵⁹³ 11.4037 – Motion Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR, Änderung des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, vom 28.10.2011; 14.3438 – Motion Bruderer Wyss Pascale,

zulässig sein sollen zu Eigenschaften, welche die Gesundheit des Ungeborenen direkt und wesentlich beeinträchtigen. Mit der Einschränkung auf wesentliche Gesundheitsbeeinträchtigungen sollte „der Gefahr unerwünschter Formen der Eugenik entgegengewirkt werden.“ Insbesondere die Diagnostik leichter Behinderungen durch nicht-invasive pränatale Tests sollte dadurch unterbunden werden;⁵⁹⁴ als Methode sollen nicht-invasive pränatale Tests hingegen grundsätzlich explizit erlaubt sein.⁵⁹⁵ Aufgrund der Vernehmlassung wurde die Voraussetzung „wesentlich“ jedoch wieder fallengelassen.⁵⁹⁶ Geklärt werden soll mit der Revision zudem, so Art. 17 Abs. 1 lit. b Revisionsentwurf, die Zulässigkeit, „Blutgruppen oder Blutmerkmale abzuklären, um Komplikationen, die sich aus einer entsprechenden Unverträglichkeit zwischen Mutter und Fötus ergeben, vorbeugen oder solche behandeln zu können“. Neu soll es zudem erlaubt sein „abzuklären, ob sich das Nabelschnurblut des Embryos oder des Fötus aufgrund seiner Gewebemerkmale zur Übertragung auf einen Elternteil oder ein Geschwister eignet“ (Art. 17 Abs. 1 lit. c Entwurf GUMG vom 5.7.2017).

Mit der Revision geklärt werden soll überdies die beschränkte Möglichkeit, das Geschlecht mitzuteilen. Ausser in Fällen eines Zusammenhangs zwischen dem Geschlecht und der Gesundheitsbeeinträchtigung soll das Geschlecht nicht „vor Ablauf der zwölften Woche nach Beginn der letzten Periode“ mitgeteilt werden dürfen (Art. 17 Abs. 2 Entwurf GUMG vom 5.7.2017); diese Frist soll eine Geschlechterselektion durch Schwangerschaftsabbruch innerhalb der Fristenregelung (siehe Kap. III.3.5.3) verhindern.⁵⁹⁷ Nach der zwölften Woche darf das Geschlecht auch nicht mitgeteilt werden, wenn die Gefahr eines Schwangerschaftsabbruches zur Geschlechterselektion besteht (Art. 17 Abs. 3 Entwurf GUMG vom 5.7.2017).

C. Pränatale genetische Untersuchungen durchführende Ärzt_innen und Labors

Zur Veranlassung von pränatalen genetischen Untersuchungen und Untersuchungen zur Familienplanung befugt sind nur Ärzt_innen, „die zur selbstständigen Berufsausübung oder zur Berufsausübung unter Aufsicht befugt sind“ und „die über die entsprechende Weiterbildung verfügen oder die im Rahmen ihrer Weiterbildung unter Aufsicht von Ärztinnen oder Ärzten arbeiten, die entsprechend weitergebildet sind“ (Art. 13 Abs. 1 f. GUMG).

Die Durchführung von „zytogenetische[n] oder molekulargenetische[n] Untersuchungen“ bedingt „eine Bewilligung der zuständigen Bundesstelle“ (Art. 8 Abs. 1 GUMG, konkretisiert in der GUMV⁵⁹⁸

Keine vorgeburtliche Geschlechterselektion durch die Hintertüre!, vom 13.6.2014; Expertenkommission GUMEK, Empfehlung 12/2013.

⁵⁹⁴ Erläuterungen zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, S. 12, 25, abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch>> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Genetische Untersuchungen > Aktuelle Rechtsetzungsprojekte (besucht: 17.7.2017).

⁵⁹⁵ Zu der noch unklaren rechtlichen Einordnung nicht-invasiver pränataler Tests: BRAUER et al., S. 193 f. Allgemeiner zu nicht-invasiven Tests auch HOTZ.

⁵⁹⁶ Art. 17 Abs. 1 lit. a Entwurf GUMG vom 5.7.2017. Der Entwurf und die Botschaft dazu sind abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch>> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Genetische Untersuchungen > Aktuelle Rechtsetzungsprojekte (besucht: 17.7.2017).

⁵⁹⁷ Erläuterungen zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen, S. 26, abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch>> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Genetische Untersuchungen > Aktuelle Rechtsetzungsprojekte (besucht: 17.7.2017).

⁵⁹⁸ Verordnung über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMV) vom 14. Februar 2007, SR 810.122.1.

und GUMV-EDI⁵⁹⁹). „Wer vorsätzlich eine genetische Untersuchung bei einer Drittperson durchführt, ohne über die nach Artikel 8 erforderliche Bewilligung zu verfügen, wird mit Busse bestraft“ (Art. 37 GUMG).

D. Information, Beratung und Einwilligung vor pränataler genetischer Untersuchung

Von Seiten der betroffenen Person setzen pränatale genetische Untersuchungen sowie Untersuchungen zur Familienplanung eine schriftliche, freie *Zustimmung* nach hinreichender Aufklärung voraus (Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 18 Abs. 3 GUMG). Bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person entscheidet die gesetzliche Vertretung über die Untersuchung; die zulässigen Untersuchungen sind in diesen Fällen eingeschränkt (Art. 10 Abs. 2 GUMG). Wer vorsätzlich genetische Untersuchungen ohne diese Zustimmung veranlasst oder durchführt, „wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft“ (Art. 36 GUMG). Eine einmal erteilte Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden (Art. 5 Abs. 3 GUMG).

Jeder genetischen Untersuchung muss ein *Beratungsgespräch* mit der veranlassenden Ärzt_in vorangehen (Art. 13 Abs. 3 GUMG). Für bestimmte Untersuchungen wurden darüber hinaus weitere Beratungs- und Informationspflichten aufgestellt: Pränatale genetische Untersuchungen und Untersuchungen zur Familienplanung müssen, so Art. 14 GUMG, „vor und nach ihrer Durchführung von einer nichtdirektiven, fachkundigen genetischen Beratung begleitet sein.“ Das zu dokumentierende Gespräch muss mindestens folgende Inhalte abdecken:

- a. Zweck, Art und Aussagekraft der Untersuchung und die Möglichkeit von Folgemassnahmen;
- b. allfällige Risiken, die mit der Untersuchung verbunden sind, sowie Häufigkeit und Art der zu diagnostizierenden Störung;
- c. die Möglichkeit eines unerwarteten Untersuchungsergebnisses;
- d. mögliche physische und psychische Belastungen;
- e. Möglichkeiten der Übernahme der Untersuchungskosten und der Kosten für Folgemassnahmen;
- f. Möglichkeiten der Unterstützung im Zusammenhang mit dem Untersuchungsergebnis;
- g. die Bedeutung der festgestellten Störung sowie die sich anbietenden prophylaktischen oder therapeutischen Massnahmen.“

Nach dem Beratungsgespräch ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen, bevor die genetische Untersuchung durchgeführt werden darf (Art. 14 Abs. 4 GUMG). Überdies ist der Ehegatte respektive Partner in die Beratung einzubeziehen (Art. 15 Abs. 4 GUMG).

Wird eine pränatale genetische Untersuchung ins Auge gefasst zur Abklärung eines Gesundheitsrisikos, für das „mit hoher Wahrscheinlichkeit *keine therapeutische oder prophylaktische Möglichkeit*“ (Hervorhebung des Autors) besteht, „so ist die Frau im Voraus darauf hinzuweisen; sie muss zudem auf die Informations- und Beratungsstellen für pränatale Untersuchungen [im Sinne von Art. 17 GUMG] aufmerksam gemacht werden“ (Art. 15 Abs. 2 GUMG).

Vor einer pränatalen *Risikoabklärung mittels Labor oder bildgebendem Verfahren*, demnach nicht mittels Gentest, muss die schwangere Person hingegen nur über „a. den Zweck und die Aussage-

⁵⁹⁹ Verordnung des EDI über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMV-EDI) vom 14. Februar 2007, SR 810.122.122.

kraft der Untersuchung, b. die Möglichkeit eines unerwarteten Untersuchungsergebnisses, c. mögliche Folgeuntersuchungen und -eingriffe und d. Informations- und Beratungsstellen nach Artikel 17“ informiert werden (Art. 16 GUMG).

Nebst dem Pflichtgespräch mit der Ärzt_in können *unabhängige Informations- und Beratungsstellen* für pränatale Untersuchungen in Anspruch genommen werden. Diese Angebote stehen auch vor respektive unabhängig von einer Schwangerschaft zur Verfügung und haben die Aufgabe, „in allgemeiner Weise Informationen über die pränatalen Diagnosen zu vermitteln (insbesondere Informationen über die Häufigkeit und Art der diagnostizierbaren Störungen, die verschiedenen Untersuchungsarten, deren Risiken, die Aussagekraft der Untersuchung, die Kosten und deren Übernahme durch die Krankenkassen) und auf Fragen zu antworten.“⁶⁰⁰ Die Beratenden sollen aber auch auf Detailfragen und individuelle Sorgen eingehen können. Die Relevanz dieser Angebote zusätzlich zur ärztlichen Beratung liegt darin, so die Überlegung des Gesetzgebers, dass sich die Gynäkolog_innen „in einem Rollenkonflikt befinden [können], der dadurch entsteht, dass sie einerseits in der allgemeinen Schwangerschaftsvorsorge durch Untersuchungen, Massnahmen und Ratschläge einen optimalen Verlauf der Schwangerschaft garantieren müssen, andererseits aber bezüglich der pränatalen Diagnostik zu einem selbstverantwortlichen Entscheid anleiten sollten, der auch gegen ihre eigenen Überzeugungen aussagen kann.“⁶⁰¹ Dafür, dass diese Beratungsstellen bestehen, sind die Kantone verantwortlich. In der Umsetzung des Auftrages sind sie jedoch weitgehend frei. Sie können gemeinsame Stellen betreiben, die Aufgabe den Schwangerschaftsberatungsstellen übertragen⁶⁰² oder auch ganz auf die Einrichtung eigener Stellen verzichten, wenn Private bereits ein ausreichendes Angebot bereitstellen. Relevant ist, dass die Stellen „über das erforderliche fachkundige Personal verfügen“ (Art. 17 GUMG).⁶⁰³ Die Kosten für diese Informationsstellen tragen die Kantone. Der Gesetzgeber erhoffte sich jedoch, dass sich die finanzielle Belastung „in Grenzen halten [werde], da die (...) Aufgabe den bereits bestehenden anerkannten Schwangerschaftsberatungsstellen“ übertragen werden kann – räumte aber gleichzeitig ein, dass der Personalbedarf schwer abschätzbar sei.⁶⁰⁴

E. Umgang mit dem Untersuchungsergebnis

Art. 18 Abs. 1 GUMG verankert den freien und alleinigen *Entscheid der schwangeren Person*, die eine genetische Untersuchung durchführen liess, „ob sie das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis nehmen will und welche Folgerungen sie aus dem Untersuchungsergebnis ziehen will.“ Allein wenn für sie „oder für den Embryo oder den Fötus eine unmittelbar drohende physische Gefahr besteht, die abgewendet werden könnte“, muss ihr die Ärzt_in das Resultat der Untersuchung unverzüglich mitteilen (Art. 18 Abs. 2 GUMG). Mitgeteilt werden darf das Untersuchungsergebnis nur der schwangeren Person, respektive ihrer gesetzlichen Vertretung. Stimmt diese ausdrücklich zu, so darf die Ärzt_in auch Verwandte, Ehegattin oder -gatten, Partner oder Partnerin informieren (Art. 19 GUMG). Das heisst, der Partner oder Ehegatte ist zwar nach Möglichkeit in die genetische Beratung vor der Untersuchung einzubeziehen, erfährt das Resultat aber nicht zwingend.

⁶⁰⁰ Botschaft GUMG, BBI 2002 7361, S. 7419.

⁶⁰¹ Botschaft GUMG, BBI 2002 7361, S. 7419.

⁶⁰² Ein Verzeichnis solcher kombinierter Informations- und Beratungsstellen findet sich unter folgendem Link: <<https://www.sante-sexuelle.ch/beratungsstellen/>> Beratungsthema Psychosoziale Beratung zu pränataler Untersuchung (besucht: 27.10.2016).

⁶⁰³ Botschaft GUMG, BBI 2002 7361, S. 7419 f.

⁶⁰⁴ Botschaft GUMG, BBI 2002 7361, S. 7463.

Bringt die pränatale genetische Untersuchung „eine *schwerwiegende unheilbare Störung*“ (Hervorhebung des Autors) des Ungeborenen zu Tage, „so ist die Frau auch über Alternativen zum Schwangerschaftsabbruch zu informieren und auf Vereinigungen von Eltern behinderter Kinder sowie Selbsthilfegruppen aufmerksam zu machen“ (Art. 15 Abs. 3 GUMG). Über „die verschiedenen Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme mit Vereinigungen von Eltern behinderter Kinder oder mit Selbsthilfegruppen“ machen überdies auch die unabhängigen kantonalen Informationsstellen in jeder genetischen Beratung aufmerksam, so der Bundesrat in der Botschaft zum GUMG.⁶⁰⁵

Pränatale genetische Untersuchungen weisen in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht die Besonderheit auf, dass die schwangere Person nicht (nur) über die Untersuchung ihres eigenen Erbgutes entscheidet, sondern primär über die Untersuchung des kindlichen Erbgutes. Dadurch kann einerseits das *Recht* auf Nichtwissen *des lebend geborenen Kindes* eingeschränkt werden, andererseits können aber auch zu seinem Vorteil gesundheitsrelevante Informationen erlangt werden. Der Gesetzgeber entschied sich mit dem GUMG dafür, dass das Recht auf Nichtwissen des Kindes eingeschränkt werden kann, jedoch nur soweit (wesentliches) gesundheitsrelevantes Wissen gewonnen werden soll.⁶⁰⁶

F. Arzthaftung bei Elternschaft nach unterlassener pränataler Untersuchung

Mit der Frage der finanziellen Entschädigung wegen unterlassener pränataler Untersuchung hatte sich das Obergericht des Kantons Bern zu befassen. Eine Mutter, die bereits ein Kind mit der Erbkrankheit cystische Fibrose hatte, und ein zweites mit derselben Krankheit zur Welt brachte, klagte gegen die Ärztin, da ihr die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs im Rahmen der Fristenregelung genommen worden war. Das Gericht verurteilte die Ärztin zur Genugtuungszahlung an die Mutter, da die unterlassene pränatale Untersuchung ihr Selbstbestimmungsrecht verletze. Verneint wurde hingegen ein Genugtuungsanspruch des Kindes.⁶⁰⁷

G. Leistungen der Krankenversicherungen an pränatale genetische Untersuchungen

Das Krankenversicherungsgesetz sieht die Kostenübernahme für bestimmte pränatale genetische Untersuchungen begrenzt auf bestimmte Fälle vor. Die zu übernehmenden Kontrolluntersuchun-

⁶⁰⁵ Botschaft GUMG, BBl 2002 7361, S. 7420.

⁶⁰⁶ Zum Spannungsfeld zwischen Eltern- und Kinderrechten bei genetischen Untersuchungen, bezogen auf bereits geborene Kinder, siehe auch ECKHARDT et al., S. 174 ff.; des Weiteren BRAUER et al., S. 206 ff.

⁶⁰⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern ZK 10 569 vom 2.5.2011.

gen bei Mutterschaft – Ersttrimestertest, nicht-invasiver pränataler genetischer Test sowie Amniozentese, Chorionbiopsie und Cordozentese – mit den jeweiligen Voraussetzungen respektive Einschränkungen sind in Art. 13 lit. b^{bis},⁶⁰⁸ b^{ter}⁶⁰⁹ und d⁶¹⁰ KLV aufgeführt.

H. Präimplantationsdiagnostik

Während pränatale genetische Untersuchungen im Verlauf der Schwangerschaft gemacht werden, wird bei der Präimplantationsdiagnostik (PID) das Erbgut von Embryonen noch vor einer medizinisch herbeigeführten Schwangerschaft untersucht.⁶¹¹ Die PID unterlag einem verfassungsmässigen Verbot, welches mit der Volksabstimmung vom 14.6.2015 zugunsten einer teilweisen Legalisierung aufgehoben wurde. Demnach ist die PID, und darauf basierend die Selektion des einzupflanzenden Embryos, nach Art. 5a Abs. 2 FMedG nur zulässig mit dem Ziel, die Einnistung eines Embryos mit Veranlagung für eine schwere Erbkrankheit zu verhindern. Ein Paar, das die Vornahme einer PID wünscht, muss gegenüber der Ärzt_in schriftlich geltend machen, dass ihm die Gefahr einer solchen Einnistung nicht zumutbar ist. Die schwere Erbkrankheit muss wahrscheinlich vor dem 50. Lebensjahr ausbrechen und es darf keine wirksame und zweckmässige Therapie dagegen zur Verfügung stehen. Zulässig ist das Verfahren zudem „zur Erkennung chromosomaler Eigenschaften, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen können“ (Art. 5a Abs. 3 FMedG). Pro Behandlungszyklus dürfen maximal zwölf Eizellen zu Embryonen entwickelt werden (Art. 17 Abs. 1 FMedG).

⁶⁰⁸ „Ersttrimestertest: Pränatale Abklärung des Risikos von Trisomie 21, 18 und 13: anhand der Messung der Nackentransparenz in der Ultraschalluntersuchung (12.-14. Woche), der Bestimmung von PAPP-A und freiem β -HCG im mütterlichen Blut und weiterer mütterlicher und fötaler Faktoren. Nach einer Information nach Artikel 16 und der Gewährung des Selbstbestimmungsrechts nach Artikel 18 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG). Anordnung nur durch Ärzte und Ärztinnen mit Fähigkeitsausweis Schwangerschafts-ultraschall der SGUM und Zusatzzertifizierung für die Nackentransparenz-Messung. Messung der Nackentransparenz nur durch Ärzte und Ärztinnen mit Fähigkeitsausweis Schwangerschafts-ultraschall der SGUM. Laboranalysen gemäss Analysenliste (AL).“

⁶⁰⁹ „Nicht-invasiver pränataler genetischer Test (NIPT): Nur zur Untersuchung auf eine Trisomie 21, 18 oder 13 bei Einlings-Schwangerschaften. Ab der 12. Schwangerschaftswoche. Bei Schwangeren, bei denen aufgrund des Ersttrimestertests ein Risiko von 1:1000 oder höher besteht, dass beim Fötus eine Trisomie 21, 18 oder 13 vorliegt. Nach einem umfassenden Aufklärungs- und Beratungsgespräch nach den Artikeln 14 und 15 GUMG sowie nach Erteilung der schriftlichen Zustimmung durch die Schwangere unter Gewährung des Selbstbestimmungsrechts nach Artikel 18 GUMG. Anordnung nur durch Fachärzt_innen in Gynäkologie und Geburtshilfe mit Schwerpunkt fetomaternaler Medizin, Fachärzt_innen für Medizinische Genetik und Ärzt_innen mit Fähigkeitsausweis Schwangerschafts-ultraschall der SGUM. Laboranalysen gemäss Analysenliste (AL). Wird aus technischen Gründen das Geschlecht des Fötus bestimmt, darf diese Information nicht vor Ablauf von 12 Wochen seit Beginn der letzten Periode mitgeteilt werden.“ Zur definitiven Einführung der Kostenvergütung siehe BAG, Pränatalscreening für Trisomie 21, 18 und 13, Faktenblatt vom 20.6.2017.

⁶¹⁰ „Amniozentese, Chorionbiopsie, Cordozentese: Nach einem umfassenden Aufklärungs- und Beratungsgespräch das dokumentiert werden muss, in den folgenden Fällen: - Zur Bestätigung eines positiven Befundes bei Schwangeren, bei denen aufgrund des nicht-invasiven pränatalen genetischen Tests (NIPT) ein hochgradiger Verdacht oder aufgrund des Ersttrimestertests ein Risiko von 1:380 oder höher besteht, dass beim Fötus eine Trisomie 21, 18 oder 13 vorliegt; - bei Schwangeren, bei denen aufgrund des Ultraschallbefundes, der Familienanamnese oder aus einem andern Grund ein Risiko von 1:380 oder höher besteht, dass beim Fötus eine ausschliesslich genetisch bedingte Erkrankung vorliegt; - bei Gefährdung des Fötus durch eine Schwangerschaftskomplikation, eine Erkrankung der Mutter oder eine nicht genetisch bedingte Erkrankung oder Entwicklungsstörung des Fötus. Anordnung für genetische Untersuchungen nur durch Fachärzte und Fachärztinnen in Gynäkologie und Geburtshilfe mit Schwerpunkt fetomaternaler Medizin, Fachärzte oder Fachärztinnen für Medizinische Genetik oder Ärzte und Ärztinnen mit Fähigkeitsausweis Schwangerschafts-ultraschall der SGUM. Laboranalysen gemäss Analysenliste (AL).“

⁶¹¹ Zur Präimplantationsdiagnostik publiziert das BAG diverse Gutachten: <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Fortpflanzungsmedizin > Stellungnahmen und Gutachten (besucht: 17.7.2017).

Sowohl vor der Durchführung des PID-Verfahrens als auch vor der Embryoauswahl zur Übertragung in die Gebärmutter ist je ein Beratungsgespräch mit dem Paar durchzuführen (Art. 6a FMedG). Ärzt_innen, welche die PID durchführen, müssen eine Bewilligung des Kantons haben, spezifische Fachkenntnisse der medizinischen Genetik vorweisen und gewährleisten, dass das Verfahren, inklusive Zusammenarbeit mit den Labors,⁶¹² dem Stand von Wissenschaft und Praxis entspricht (Art. 9 Abs. 3 FMedG). Gesetzlich vorgesehen ist es zudem, die Auswirkungen der aktuell in Einführung begriffenen PID zu evaluieren; dieser Auftrag obliegt dem BAG.

3.5.5. Fortpflanzungsmedizin

Die Voraussetzungen, unter denen „die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen angewendet werden dürfen“ regelt primär das Fortpflanzungsmedizingesetz, so Art. 1 Abs. 1 FMedG.⁶¹³ Zweck dieses Gesetzes ist es, „die Menschenwürde, die Persönlichkeit sowie die Familie [zu schützen] und (...) missbräuchliche Anwendungen der Bio- und der Gentechnologie“ zu verbieten (Art. 1 Abs. 2 FMedG). Die getroffenen Regelungen verfolgen demnach explizit einen Schutzzweck; denselben wie bereits Art. 119 Abs. 2 BV vorgibt (siehe Kap. III.2.4.7).

Verschiedene der geltenden Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin wurden und werden kritisch hinterfragt. Nebst dem Bericht des Bundesrates zur Modernisierung des Familienrechts ist hierzu besonders auch die 2013 publizierte Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin zu erwähnen.⁶¹⁴

A. Voraussetzungen der Anwendung von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendung von Fortpflanzungsverfahren ist die Gewährleistung des Kindeswohls. Vor diesem Hintergrund beschränkte der Gesetzgeber die zulässige Verfahrensanwendung auf *verschiedengeschlechtliche Paare*, „die auf Grund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können“ (Art. 3 Abs. 2 FMedG). Werden Spendersamen verwendet (heterologe Insemination), so beschränkt sich die Zulässigkeit weiter auf verheiratete Paare (Art. 3 Abs. 3 FMedG). Ergänzend dazu verankert Art. 28 PartG den expliziten Ausschluss eingetragener gleichgeschlechtlicher Paare von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren. Die vorsätzliche Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens ausserhalb dieser Schranken wird mit Haft oder mit Busse bis 100 000 Franken bestraft (Art. 37 lit. a FMedG).

Ziel der Behandlung darf es nur sein, die Unfruchtbarkeit des Paares zu überwinden oder die Übertragung der Veranlagung für eine schwere Krankheit auf das Kind zu verhindern. Explizit strafrechtlich verboten ist die Keimzellen- oder Embryonenauswahl „nach ihrem Geschlecht oder nach anderen Eigenschaften“, sofern kein zulässiges Behandlungsziel verfolgt wird (Art. 33 FMedG). So oder so dürfen Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn andere Behandlungsmethoden nicht zum Ziel führen (Art. 5 FMedG). Die Erzeugung eines Embryos und das Konservieren

⁶¹² Die Anforderungen an die durchführenden Labors sollen in der Fortpflanzungsmedizinverordnung und der Verordnung über genetische Untersuchungen am Menschen geregelt werden. Das revidierte FMedG und das Ausführungsrecht setzt der Bundesrat auf 1. September 2017 in Kraft. Siehe auch BAG Bulletin 42/16, Präimplantationsdiagnostik, S. 652; BAG Bulletin 26/17, Präimplantationsdiagnostik (PID) ist bald unter bestimmten Voraussetzungen möglich, S. 12.

⁶¹³ Zur Fortpflanzungsmedizin publiziert das BAG verschiedene Gutachten: <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Fortpflanzungsmedizin > Stellungnahmen und Gutachten (besucht: 17.7.2017).

⁶¹⁴ NEK, Fortpflanzung.

einer imprägnierten Eizelle „zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft“ werden mit bis zu drei Jahren Gefängnis oder Geldstrafe bestraft (Art. 29 FMedG).

Die Anwendung von Fortpflanzungsverfahren, die Konservierung von Keimzellen und imprägnierten Eizellen sowie die Vermittlung gespendeter Samenzellen ist *Ärzt_innen* mit entsprechender kantonaler Bewilligung vorbehalten (Art. 8 ff. FMedG). Diese *Ärzt_innen* müssen das betroffene Paar vor der Behandlung „hinreichend informieren über: a. die verschiedenen Ursachen der Unfruchtbarkeit; b. das medizinische Verfahren sowie dessen Erfolgsaussichten und Gefahren; c. das Risiko einer allfälligen Mehrlingsschwangerschaft; d. mögliche psychische und physische Belastungen; und e. die rechtlichen und finanziellen Aspekte“ (Art. 6 Abs. 1 FMedG). Überdies ist auf die Möglichkeiten der von ihnen unabhängigen Beratungen hinzuweisen sowie „auf andere Möglichkeiten der Lebensgestaltung und der Erfüllung des Kinderwunsches“ (Art. 6 Abs. 2 FMedG). Zwischen dem Beratungsgespräch und der Behandlung ist eine etwa vierwöchige Bedenkzeit einzuräumen (Art. 6 Abs. 3 FMedG).

Von Seiten des betroffenen Paares wird eine schriftliche *Einwilligung* pro drei Behandlungszyklen verlangt. Für Verfahren, mit denen ein erhöhtes Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft einhergeht, bedarf es zudem des expliziten Einverständnisses mit einer Mehrlingsgeburt (Art. 5b FMedG). Wird die Behandlung durchgeführt ohne Bewilligung oder ohne Einwilligung, so wird dies mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 34 FMedG).

B. Leistungen der Krankenversicherung an fortpflanzungsmedizinische Verfahren

Die Kosten für fortpflanzungsmedizinische Verfahren werden von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beschränkt übernommen. Leistungspflicht besteht für künstliche Insemination mittels intrauteriner Insemination, begrenzt auf maximal drei Behandlungszyklen pro Schwangerschaft. Nicht übernommen werden hingegen die Kosten für In-vitro-Fertilisation zur Abklärung der Sterilität sowie für In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (KLV Anhang 1 Ziff. 3).⁶¹⁵ Mit Urteil vom 10. Mai 2016 entschied das Bundesgericht zudem, dass die Kostenübernahmepflicht für Fruchtbarkeitsbehandlungen bei Frauen nicht bei einer festen Altersobergrenze endet. Vielmehr ist durch eine ärztliche Abklärung im Einzelfall zu ermitteln, ob die Behandlung aufgrund des Alters der Versicherten noch als wirksam gelten kann und damit von der Grundversicherung zu tragen ist.⁶¹⁶

C. Keimzellenspende

Bei der Zulässigkeit der Keimzellenspende unterscheidet das Schweizer Recht zwischen der Verwendung gespendeter Samen- respektive Eizellen.

Sowohl die Eigen- als auch die *Fremdsamenspende* sind zugelassen; ein generelles Verbot der Samenspende wäre nach Ansicht des Bundesgerichts verfassungswidrig. Als verfassungskonform stufte es jedoch die Einschränkung ein, dass Samenspenden nur bei verheirateten Paaren und nicht auch bei Lebensgemeinschaften angewendet werden dürfen (die bereits älteren Urteile ergingen vor der Ausarbeitung des Partnerschaftsgesetzes).⁶¹⁷ Grundsätzlich räsonierte das Bundesgericht zur Samenspende jedoch: „Der Kinderwunsch wird nicht einzig vom Bedürfnis nach Weitergabe der eigenen genetischen Anlage getragen. Vielmehr liegt im elterlichen Wunsch nach Kin-

⁶¹⁵ Siehe hierzu auch BGE 125 V 21; Urteil des Bundesgerichts 9C_513/2011 vom 22.08.2011; 9C_835/2011 vom 1.10.2012.

⁶¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_435/2015 vom 10.5.2016. Zur Frage eines Höchstalters siehe auch WUNDER.

⁶¹⁷ BGE 115 Ia 234 E. 6a S. 249; 119 Ia 460 E. 6.

dern das Verlangen, eine Eltern-Kind-Beziehung zu begründen und mit dem Kind zusammenzuleben. Ausschlaggebend dürfte also eher der Wunsch sein, das eigene Kind aufzuziehen, Kontakt mit ihm zu haben, ihm Gedanken und Werte weiterzugeben, seine Entwicklung zu begleiten und in einer engen emotionalen Beziehung mit ihm zu leben. Insofern kann es nicht einzig ausschlaggebend sein, von wem das für die Fortpflanzung benötigte Keimmateriale stammt.“⁶¹⁸

Unter Androhung einer Haftstrafe oder Busse verboten sind das Spenden von Samenzellen an mehrere Inhaber_innen einer Bewilligung zur Anwendung von Fortpflanzungsverfahren, die Verwendung von Samenzellen verschiedener Spender_innen in einem Zyklus, die Erzeugung von mehr als acht Kindern desselben Samenspenders, die Verwendung der Samenzellen eines Spenders, zwischen dem und der Frau ein Ehehindernis besteht, sowie die unrichtige oder unvollständige Dokumentation durch diejenigen, die Spendersamen entgegennehmen oder verwenden (Art. 37 lit. h–j FMedG).

Die *Eizellenspende* hingegen ist nach geltendem Recht absolut verboten (Art. 4 FMedG). Wer vorsätzlich „gespendete Eizellen verwendet, mit gespendeten Eizellen und gespendeten Samenzellen einen Embryo entwickelt oder einen gespendeten Embryo auf eine Frau überträgt“ wird, so Art. 37 lit. c FMedG, mit Haft oder Busse bis 100 000 Franken bestraft.

Das Verbot der Eizellenspende im Schweizer Recht führt dazu, dass das Verfahren im Ausland in Anspruch genommen wird. Diese Handlungen unterliegen nicht dem Verbot und den Strafnormen des FMedG. „Sofern die Geburt in der Schweiz erfolgt und das Kindesverhältnis nach Schweizer Recht entsteht, bleibt die Eizellenspende in der Schweiz ohne rechtliche Folgen. Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter entsteht nach Art. 252 Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen durch die Geburt. Das Zuordnungskriterium der Geburt gilt auch dann, wenn wie im Falle der Eizellenspende die genetische Abstammung eine andere ist.“⁶¹⁹

Motivation für das Verbot der Eizellenspende war es, „dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen.“⁶²⁰ Daraus erklärt sich auch die unterschiedliche Behandlung von Samen- und Eizellenspende: Der rechtliche und soziale Vater ist erfahrungsgemäss nicht immer auch der genetische, unabhängig von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren.

Eine Aufhebung des Verbots der Eizellenspende wird aktuell diskutiert. So hielt der Bundesrat in seinem Bericht von 2016 dazu fest: „Das geltende Verbot der Eizellenspende verletzt das den Kinderwunsch der betroffenen Paare schützende Grundrecht der persönlichen Freiheit und verstösst gegen das verfassungsrechtlich verankerte Gebot der Gleichbehandlung. Es erscheint deshalb notwendig, über eine Aufhebung des geltenden Verbots nachzudenken.“⁶²¹

Durch die Verwendung von konservierten, und damit jüngeren, Eizellen können auch noch im höheren und hohen Lebensalter Schwangerschaften mit dem eigenen Keimgut ermöglicht werden.⁶²²

⁶¹⁸ Bundesrat, Familienrecht, Fn. 143, nach BGE 119 Ia 460.

⁶¹⁹ BÜCHLER, Eizellenspende.

⁶²⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205, S. 254. Dazu auch ANNER.

⁶²¹ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 5.6.3. Siehe auch 12.487 – Parlamentarische Initiative Neiryck Jacques, Die Eizellenspende zulassen, vom 4.12.2012 (Motion abgeschrieben am 18.3.2016); 17.3047 – Motion Quadranti Rosmarie, Zulassung und Regelung der Eizellenspende, vom 1.3.2017; 16.2019 – Petition Jugendsession 2016, Legalisierung der Eizellenspende, vom 13.11.2016 (Antrag der vorberatenden Kommission, der Petition nicht Folge zu geben, vom 30.6.2017).

⁶²² WUNDER.

Eigene Eizellen zu konservieren und später zu verwenden, das sogenannte *egg freezing*, ist grundsätzlich zulässig. Einschränkend wirkt jedoch vor allem die gesetzlich statuierte maximale Konservierungsdauer von fünf Jahren. Diese Frist kann, mit Inkrafttreten der Revision am 1.9.2017, „auf Antrag der Person, von der die Keimzellen stammen, um weitere fünf Jahre verlängert werden“ (Art. 15 Abs. 1 FMedG).⁶²³ Diese Frist kann weiter verlängert werden, wenn die Konservierung in Anspruch genommen wird, „weil eine ärztliche Behandlung, der sie sich unterziehen, oder eine Tätigkeit, die sie ausüben, zur Unfruchtbarkeit oder zu einer Schädigung des Erbgutes führen kann“ (Art. 15 Abs. 2 FMedG). Die zeitliche Begrenzung der Konservierung wirkt sich demnach primär auf das *social egg freezing* einschränkend aus, wodurch die Familiengründung zeitlich verschoben werden soll, beispielsweise um zuerst berufliche Ziele zu erreichen.⁶²⁴ Für die spätere Verwendung der eingefrorenen Eizellen in fortpflanzungsmedizinischen Verfahren gelten ferner die oben genannten Voraussetzungen (insbesondere Art. 5 FMedG).

D. Leihmutterschaft

Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG verankern ein Verbot aller Arten von Leihmutterschaft. Zusätzlich ist das Verbot strafbewehrt durch Art. 31 FMedG: „Wer bei einer Leihmutter ein Fortpflanzungsverfahren anwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer Leihmutterschaften vermittelt.“ Begründet wurde das Verbot vom Bundesrat in der Botschaft von 1996 damit, dass Leihmutterschaft „allgemein als Instrumentalisierung der Frau beurteilt“ werde.⁶²⁵ In seinem 2015 publizierten Bericht zur Modernisierung des Familienrechts erachtete der Bundesrat eine Aufhebung dieses Verbots weiterhin als nicht opportun.⁶²⁶

Im Schweizer Recht wird unter Leihmutter „eine Frau [verstanden], die bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen“ (Art. 2 lit. k FMedG). Die Keimzellen können ganz, teils oder gar nicht von den Wunscheltern stammen, beziehungsweise kann die Leihmutter die genetische Mutter des Kindes sein oder nicht.

Wie das Verbot der Eizellenspende, so führt auch das Leihmutterschaftsverbot zur Inanspruchnahme von Angeboten im Ausland. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird diesfalls ein im Geburtsland rechtmässig errichtetes Kindesverhältnis zu einem biologisch nicht involvierten Wunschelternteil in der Schweiz nicht anerkannt. Anerkannt wird hingegen das Kindesverhältnis zum genetischen Elternteil. Ob die Wunscheltern ein eingetragenes oder ein Ehepaar sind wird dabei nicht unterschieden.⁶²⁷

E. Strafrechtliches Verbot weiterer Techniken

Verschiedene weitere Techniken der Fortpflanzungsmedizin sind nach Verfassung und / oder Gesetz unzulässig und werden strafrechtlich verfolgt: das Klonen, die Bildung oder Übertragung von Chimären und Hybriden (Art. 36 FMedG), die Entwicklung von mehr als drei imprägnierten Eizellen

⁶²³ Gleichermassen können imprägnierte Eizellen und Embryonen *in vitro* während fünf Jahren, auf Antrag des Paares maximal zehn Jahre, konserviert werden (Art. 16 Abs. 2 FMedG).

⁶²⁴ Zum (*social*) *egg freezing* aus rechtlicher Sicht siehe BÜCHLER, Eizellenspende, S. 46 ff.

⁶²⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205, S. 230.

⁶²⁶ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 5.6.3.

⁶²⁷ BGE 141 III 312; Urteil des Bundesgerichts 5A_443/2014 vom 14.9.2015. Siehe auch Bericht zur Leihmutterschaft, Bericht des Bundesrates vom 29.11.2013; 15.3501 – Postulat Kommission für Rechtsfragen Nationalrat, Leihmutterschaft. Für eine nationale Sensibilisierungskampagne, vom 29.5.2015; 14.3742 – Interpellation Fehr Jacqueline, Leihmutterschaft, vom 18.9.2014.

zu Embryonen pro Zyklus (Art. 37 lit. g FMedG), die extrauterine Entwicklung eines Embryos über den Zeitpunkt hinaus, in dem die Einnistung noch möglich ist (Art. 30 Abs. 1 FMedG), der Handel mit menschlichem Keimgut oder Erzeugnissen aus Embryonen oder Föten (Art. 32 Abs. 2 FMedG), die Imprägnation oder Weiterentwicklung zum Embryo mit Keimgut, das einem Embryo oder Fötus entnommen worden ist (Art. 32 Abs. 1 FMedG) und verändernde Eingriffe in die Keimbahn (Art. 35 FMedG).

3.5.6. Entstehung von rechtlicher Elternschaft und Abstammungsklärung

Das rechtliche Kindesverhältnis kann durch Anknüpfung an unterschiedliche Faktoren auf Seiten der Eltern entstehen: daran, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht, an die biologische Abstammung im Sinne von Schwangerschaft oder von genetischer Abstammung oder an den Willen zur Elternschaft durch Adoption.⁶²⁸

A. Grundsätze

Möglich ist nur die Elternschaft von einer oder von zwei Personen, nicht aber von drei oder mehr.⁶²⁹ Soll ein Kindesverhältnis zu zwei Personen entstehen, so müssen diese – zurzeit noch – verschiedenen Registergeschlechts sein. Dies manifestiert sich primär in dem Ausschluss eingetragener Paare von Adoption und Fortpflanzungsmedizin (Art. 28 PartG). Mit der beschlossenen und bevorstehenden Öffnung der Stiefkindadoption für eingetragene Paare findet hier jedoch ein grundlegender Wandel statt.⁶³⁰ Gleichgeschlechtliche Elternschaft kann zudem auch bereits nach geltendem Recht entstehen, wenn ein Transmann ein Kind austrägt oder eine Transfrau ein Kind zeugt. Da diese Konstellationen erst sehr selten vorkommen, kann jedoch nicht gesagt werden, ob in der Praxis dieser Elternteil jeweils als Vater oder als Mutter eingetragen wird.⁶³¹

B. Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter

Zwischen dem Kind und der Mutter entsteht das Kindesverhältnis primär dadurch, dass das Kind von ihr ausgetragen und zur Welt gebracht wird (Mater-semper-certa-est-Regel; Art. 252 Abs. 1 ZGB). Dieses Verhältnis ist nicht anfechtbar.⁶³² Alternativ kann auch durch Adoption ein Kindesverhältnis zur Mutter entstehen (Art. 264a f. ZGB; siehe unten, D.).

C. Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater

Art. 255 Abs. 1 ZGB verankert den Vorrang der Vaterschaft des Ehemannes, die sogenannte *Pater-est-quem-nuptia-demonstrat-Regel*: „Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater.“ Die *Vaterschaftsvermutung aufgrund der Ehe* greift auch dann, wenn der Ehemann offensichtlich nicht der biologische Vater des Kindes ist. Dieses Kindesverhältnis kann jedoch durch Klage des Ehemannes oder des Kindes angefochten werden, „wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat“ (Art. 256 Abs. 1 ZGB). „Der Ehemann hat die Klage binnen Jahresfrist einzureichen, seitdem er die Geburt und die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der

⁶²⁸ RECHER, Familienbild, S. 250.

⁶²⁹ Zu Mehrelternschaft siehe beispielsweise BÜCHLER, Eltern.

⁶³⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Adoption), Änderung vom 17.6.2016, BBl 2016 4925.

⁶³¹ Siehe hierzu RECHER, Transmenschen, N 145 ff.

⁶³² Die Mater-semper-Regel korrespondiert mit dem verfassungsmässigen Verbot der Leihmutterschaft (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, siehe Kap. III.2.4.7 und III.3.5.5.D).

Empfängnis beigewohnt hat, in jedem Fall aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Geburt. Die Klage des Kindes ist spätestens ein Jahr nach Erreichen der Volljährigkeit zu erheben. Nach Ablauf der Frist wird eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird“ (Art. 256c ZGB). Stimmt der Ehemann der Zeugung durch einen Dritten zu, so entfällt sein Klagerecht (Art. 256 Abs. 3 ZGB). Der nicht mit der Mutter verheiratete, genetische Vater kann seine Vaterschaft nicht einklagen. Jedoch kann er die Kindesschutzbehörde anrufen, es sei dem Kind eine Beistand_in zu bestellen, die für das Kind die Vaterschaftsklage einreicht.⁶³³ Die Einräumung eines neuen Klagerechts „für den angeblichen genetischen Vater und die Mutter“ erachtet der Bundesrat in seinem Bericht zur Modernisierung des Familienrechts als zu diskutieren.⁶³⁴ In selbigem Bericht wird auch die Frage aufgeworfen, ob die „besondere Stellung des Ehemannes der Mutter“ in Bezug auf die Entstehung des Kindsverhältnisses, mithin die Pater-est-Regel, grundsätzlich überprüft werden sollte.⁶³⁵

Ist die Mutter unverheiratet, kann ein Mann das Kind vor oder nach der Geburt *anerkennen*. Eines Nachweises biologischer Elternschaft bedarf es hierzu nicht. Dieses Kindesverhältnis „kann von jedermann, der ein Interesse hat“, angefochten werden (Art. 260a ZGB). Dabei ist zu beweisen, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist. Von diesem Beweiserfordernis gelten für das Kind und die Mutter jedoch Erleichterungen (Art. 260b ZGB). Die Klagefrist für das Kind endet ein Jahr nach dessen Volljährigkeit, für alle anderen ein Jahr nach Kenntnis der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der tatsächliche – gemeint ist der genetische – Vater ist, spätestens aber fünf Jahre nach der Anerkennung (Art. 260c ZGB).

Sodann kann das Verhältnis zwischen Kind und Vater durch die *Vaterschaftsklage*, respektive durch Gerichtsurteil, entstehen (Art. 261 ZGB); diese steht dem Kind und der Mutter zu. Die Mutter kann die Vaterschaftsklage bereits während der Schwangerschaft einreichen, spätestens aber vor Ablauf eines Jahres seit der Geburt. Dem Kind steht auch diese Klage bis ein Jahr nach Erreichen der Volljährigkeit offen (Art. 263 ZGB).

D. Adoption

Als vierte Möglichkeit kann zum Vater, gleich wie zur Mutter, das Kindesverhältnis durch Adoption entstehen.⁶³⁶ Adoptivkinder erhalten die Rechtsstellung der Kinder ihrer Adoptiveltern, das heisst, ihre Rechte und Pflichten unterscheiden sich nicht von denen leiblicher oder anerkannter Kinder (Art. 267 ZGB). Primärer Zweck der Adoption ist es, dem Kind eine Familie zu geben – nicht den Eltern ein Kind. Die Adoption muss denn auch im Kindeswohl sein und die Adoptiveltern müssen vorgängig mindestens ein Jahr für das Kind gesorgt haben (Art. 264 ZGB). Ehepaare können, bis auf wenige Ausnahmesituationen (Art. 264b Abs. 2 ZGB), nur gemeinsam adoptieren, das heisst, es werden beide rechtliche Eltern des Adoptivkindes. Umgekehrt können unverheiratete Personen ausschliesslich alleine adoptieren. Eingetragenen Paaren steht zurzeit weder die gemeinsame noch die Einzeladoption offen (Art. 28 PartG); am 1.1.2018 in Kraft treten wird jedoch die Stiefkindadoption für eingetragene Paare und für faktische Lebensgemeinschaften (siehe unten).⁶³⁷

⁶³³ Urteil des Bundesgerichts 5A_128/2009 vom 22.6.2009 S. 1, 33.

⁶³⁴ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 5.4.2. Siehe dazu auch COTTIER/WYTTENBACH, S. 79, m. w. H.

⁶³⁵ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 3.4.3.

⁶³⁶ Die Adoption volljähriger Personen wird hier nicht betrachtet.

⁶³⁷ Das revidierte Adoptionsrecht tritt auf den 1. Januar 2018 in Kraft, Medienmitteilung des Bundesrates vom 10.7.2017. Dazu auch BGE 137 III 241.

Weiterhin ausgeschlossen bleibt die Fremdkindadoption für eingetragene Paare und für faktische Lebensgemeinschaften.

Ehepaare müssen für die Fremdkindadoption mindestens fünf Jahre verheiratet oder mindestens 35 Jahre alt sein. Die Stiefkindadoption durch die Ehepartner_in setzt altersunabhängig eine mindestens fünfjährige Ehe voraus (Art. 264a ZGB). Wer ein Kind alleine adoptiert, muss mindestens 35 Jahre alt sein (Art. 264b Abs. 1 ZGB). Dem Kind steht in jedem Fall ein altersadäquates Anhörungsrecht beziehungsweise bei Urteilsfähigkeit ein Zustimmungsvorbehalt zu (Art. 265 ZGB). Auch die rechtlichen und bekannten Eltern vor der Adoption müssen in der Regel der Adoption zustimmen. Diese Zustimmung kann frühestens sechs Wochen nach der Geburt erteilt werden und in den sechs Wochen nach Erteilung einmal widerrufen werden (Art. 265b ZGB).

Das *Recht auf Kenntnis seiner Abstammung*, also seiner leiblichen Eltern, steht dem adoptierten Kind ab erreichter Volljährigkeit zu, bei schutzwürdigem Interesse auch früher. Bei Volljährigen darf, so das Bundesgericht explizit, keine Abwägung mit entgegenstehenden Interessen vorgenommen werden; der Anspruch auf Abstammungskennntnis entsteht unabhängig des (Wider)willens der leiblichen Eltern (BGE 128 I 63). Der Entscheid, ob die vormaligen Eltern persönlichen Kontakt zu dem Kind wünschen, liegt jedoch in deren Händen (Art. 268c ZGB).

Das Adoptionsrecht wurde, wie bereits mehrfach erwähnt, einer *Reform* unterzogen.⁶³⁸ Das Referendum dagegen kam nicht zustande; die Änderung wird am 1.1.2018 in Kraft gesetzt werden.⁶³⁹ Neu wird die Stiefkindadoption auch eingetragenen Paaren und faktischen Lebensgemeinschaften offenstehen. Zudem wird das Mindestalter von 35 auf 28 Jahre gesenkt werden und die Mindestehedauer von fünf Jahren durch drei Jahre Zusammenleben ersetzt werden. Diese Fristen sind zudem flexibler ausgestaltet, um dem Kindeswohl im Einzelfall gerecht werden zu können. Auch das Adoptionsgeheimnis wird gelockert und das Recht von Adoptivkindern auf Kenntnis ihrer Abstammung gestärkt werden.

E. Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung

Die Erstellung eines DNA-Profiles zur Klärung der Abstammung regeln Art. 31 ff. GUMG. Demgemäss wird entweder die schriftliche Zustimmung oder eine gerichtliche Anordnung vorausgesetzt. Urteilsunfähige Kinder müssen von ihren gesetzlichen Vertreter_innen vertreten werden. Eine solche stellvertretende Einwilligung darf nicht von der Person stammen, deren Elternschaft in Frage steht.

F. Rechtsstellung von Stiefeltern

Stiefeltern, die rechtlich nicht mit dem Kind verbunden sind, haben ihrer Ehepartner_in in der Ausübung der elterlichen Sorge beizustehen und sie wenn erforderlich zu vertreten (Art. 299 ZGB). Gleichermassen verlangt Art. 27 Abs. 1 PartG von eingetragenen Partner_innen, dem Elternteil in der Erfüllung der Unterhaltspflicht und in der Ausübung der elterlichen Sorge in angemessener Weise beizustehen sowie sie falls erforderlich zu vertreten. Ein zivilstandsunabhängiges „kleines Sorgerecht“ namentlich für Stiefeltern schlägt der Bundesrat zur Diskussion vor.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Adoption), Änderung vom 17. Juni 2016, BBI 2016 4925; Nationalrat und Ständerat, Schlussabstimmung am 17.6.2016, AB N 1214 und AB S 570.

Zum Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Revision des Adoptionsrechts: COTTIER/WYTTENBACH, S. 83 ff.

⁶³⁹ Das revidierte Adoptionsrecht tritt auf den 1. Januar 2018 in Kraft, Medienmitteilung des Bundesrates vom 10.7.2017.

⁶⁴⁰ Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 5.2.3. Siehe auch CAPREZ/RECHER, S. 237 ff, m. w. H.

G. Anonyme und vertrauliche Geburt, Babyklappen

Die anonyme Geburt eines Kindes ist in der Schweiz grundsätzlich rechtlich nicht vorgesehen. Denn die Zivilstandsverordnung auferlegt den an einer Geburt beteiligten – in letzter Instanz der gebärenden Person selbst – klare Meldepflichten (Art. 34 ZStV). Diese umfassen auch Angaben zu den Kindseltern. Gleichzeitig wird aber auch der Realität, dass Kinder unbestimmter Abstammung gefunden werden, Rechnung getragen: Wer ein Kind unbekannter Abstammung findet, hat die nach kantonalem Recht zuständige Behörde zu benachrichtigen. Von dieser Behörde erhält das Findelkind einen Vor- und einen Familiennamen und wird im Zivilstandsregister erfasst (Art. 38 ZStV). Wird ein Neugeborenes in eine Babyklappe gelegt, so gilt es als Findelkind (Art. 10 ZStV) und die Beurkundung erfolgt im Zivilstandskreis des Auffindungsortes. Werden Abstammung, Geburtsort und Geburtszeit eines Findelkindes später festgestellt, so wird diese erste Beurkundung gelöscht und die Geburt neu beurkundet (Art. 20 ZStV).⁶⁴¹

In einem Bericht von 2016 zur vertraulichen Geburt beurteilt der Bundesrat die Möglichkeiten der vertraulichen Geburt und der Babyfenster als berechtigte Notlösungen, die nicht verboten werden sollen. Begrüsst werden bereits praktizierte Massnahmen der Spitäler wie „die Anbringung des Hinweises 'vertrauliche Geburt' auf der Geburtsmeldung an die Zivilstandsbehörden“, die Wahrung der Vertraulichkeit in der Leistungsabrechnung mit den Krankenpflegeversicherern sowie die Meldung an die Kinderschutzbehörde, damit diese die Unterbringung des Kindes regeln kann. Den Zivilstandsbehörden empfiehlt der Bundesrat namentlich, die Mitteilung an andere Behörden jeweils zu prüfen und nicht automatisch vorzunehmen sowie die „Sperrung der Bekanntgabe der Personenstandsdaten bezüglich des Kindes und unter Umständen auch bezüglich der Mutter zu veranlassen“ (nach Art. 46 ZStV).⁶⁴² In dem Bericht beurteilt der Bundesrat Babyfenster, vertrauliche Geburt und anonyme Geburt zudem mit Blick auf die verschiedenen Ansprüche und Bedürfnisse beider Elternteile, des Kindes und der Behörden. Während die medizinischen Bedürfnisse der gebärenden Person und des Kindes gleichgerichtet sind, steht vor allem das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung dem Bedürfnis der gebärenden Person auf Anonymität entgegen: Anonym geborenen Kindern wird die Kenntnis ihrer genetischen Herkunft ganz verwehrt. Kinder, die in ein Babyfenster gelegt werden, können ihre Abstammung nur erfahren, wenn sich Eltern später melden. Bei der vertraulichen Geburt hingegen wird die Abstammungskennntnis ermöglicht.⁶⁴³

3.6. Prävention von HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen (STI)

3.6.1. Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten

Massnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten beruhen primär auf dem Epidemiengesetz (EpG). Darin werden auch sexuell übertragbare Krankheiten⁶⁴⁴ verschiedentlich explizit erwähnt.

So obliegt es dem Bundesamt für Gesundheit, unter Einbezug der Kantone, ein nationales Programm zur Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung von HIV und anderen sexuell

⁶⁴¹ Weiterführend zu anonymer Geburt und Babyklappe: HADŽIMANOVIĆ; WIESNER-BERG.

⁶⁴² Bundesrat, Frauen in Not, S. 27 f.

⁶⁴³ Bundesrat, Frauen in Not, Kap. 3.1, S. 14, 19, 22.

⁶⁴⁴ Das Epidemiengesetz verwendet den Terminus übertragbare Krankheiten, weshalb dieser Terminus hier gegenüber dem der sexuell übertragbaren Infektionen bevorzugt wird.

übertragbaren Krankheitserregern zu erarbeiten (Art. 5 lit. c EpG). Die Programmumsetzung obliegt dem Bund und den Kantonen, jeweils im Rahmen ihrer Zuständigkeiten.⁶⁴⁵

Mit Art. 9 EpG wird dem BAG übertragen, die Öffentlichkeit, bestimmte Personengruppen sowie Behörden und Fachpersonen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung zu informieren. Zudem veröffentlicht das BAG Empfehlungen und Richtlinien, allgemein und krankheitsspezifisch, zur Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern.⁶⁴⁶ Darüber hinaus nehmen auch die Schulen im Rahmen ihres allgemeinen Bildungsauftrages Präventionsaufgaben gegenüber ihren Schüler_innen wahr (siehe Kap. III.2.2.9 und III.3.8).

A. Allgemeine und spezifische Präventionsmassnahmen gegen sexuell übertragbare Krankheiten

Sowohl der Bund als auch die Kantone treffen *allgemeine Verhütungsmassnahmen*, das heisst „Massnahmen zur Kontrolle, Verminderung und Beseitigung von Risiken der Übertragung von Krankheiten“ (Art. 19 Abs. 1 EpG). In bestimmten Bereichen kann der Bund zudem Präventionsvorschriften erlassen (Art. 19 Abs. 2 EpG): Insbesondere kann er „Betriebe und Veranstalter, die mit ihren Aktivitäten das Risiko der Krankheitsübertragung erhöhen, dazu verpflichten, Präventions- und Informationsmaterial bereitzustellen und bestimmte Verhaltensregeln einzuhalten“ (lit. b) sowie „Institutionen des Bildungs- und Gesundheitswesens verpflichten, Informationen über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und Beratungen zu deren Verhütung und Bekämpfung anzubieten“ (lit. c). Auch bezogen auf sexuell übertragbare Krankheiten hat der Bund von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht.

So müssen in *Sexarbeits-Betrieben* und an *Veranstaltungen*, bei denen sexuelle Kontakte angeboten oder ermöglicht werden, Informationsmaterial, Präservative und wasserlösliche Gleitmittel kostenlos bereitgestellt werden (Art. 27 EpV⁶⁴⁷).

In Institutionen des *Freiheitsentzugs* sind spezifische Präventionsmassnahmen, insbesondere gegen HIV/Aids und andere sexuell oder durch Blut übertragbare Krankheiten, zu treffen. Diese Massnahmen umfassen Risikobefragungen, Angebote medizinischer Untersuchungen, individuell verständliche Information, bedarfs- und situationsgerechter Zugang zu geeigneten Mitteln und Therapien, Zugang zu einer geeigneten medizinischen Versorgung und zu Impfungen nach dem nationalen Impfplan⁶⁴⁸ (Art. 30 EpV).

In Empfangs- und Verfahrenszentren des Bundes sowie in kantonalen Kollektivunterkünften für *Asylsuchende* ist der Zugang zu geeigneten Verhütungsmassnahmen zu gewährleisten, ist jede Person nach ihrem Eintritt in die Unterkunft innert nützlicher Frist in einer individuell verständlichen Sprache über Infektionskrankheiten und ihre möglichen Symptome, insbesondere über HIV/Aids und andere sexuell übertragbaren Krankheiten, sowie über den Zugang zur medizinischen Versorgung zu informieren und es ist dafür zu sorgen, dass alle die geeigneten Mittel zur Verhütung von sexuell übertragbaren Krankheiten, insbesondere Präservative, sowie Zugang zu einer geeigneten

⁶⁴⁵ Zur Umsetzung siehe insbesondere: BAG, NPHS.

⁶⁴⁶ <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Übertragbare Krankheiten > Richtlinien und Empfehlungen zu Infektionskrankheiten > Richtlinien und Empfehlungen zu HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen (besucht: 11.7.2017).

⁶⁴⁷ Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015, SR 818.101.1.

⁶⁴⁸ <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Übertragbare Krankheiten > Impfungen und Prophylaxe > Informationen rund ums Impfen > Schweizerischer Impfplan (besucht: 17.7.2017).

medizinischen Versorgung und zu Impfungen nach dem nationalen Impfplan, unter Berücksichtigung der spezifischen Empfehlungen des BAG für Asylsuchende, erhalten (Art. 31 EpV).

B. Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten im Blutspendewesen

Spezifische Präventionsmassnahmen werden im Bereich der Blutspende respektive der Entnahme von Blut für Transfusionen angeordnet. Da Blut und Blutprodukte zu den Arzneimitteln gehören (Art. 4 Abs. 1 lit. a HMG), regelt die Arzneimittel-Bewilligungsverordnung (AMBV)⁶⁴⁹ die Blutentnahme für Transfusionen.

Die Voraussetzungen der *Spendetauglichkeit* beziehungsweise der -untauglichkeit statuiert Art. 17 AMBV. Vom Blutspenden auszuschliessen sind demnach: „a. Personen, bei denen eine HIV-Infektion nachgewiesen wurde; b. Personen, die an Aids erkrankt sind oder Symptome zeigen, die auf eine Aids-Erkrankung hinweisen; c. Personen mit HIV-Risikoverhalten; d. die Intimpartnerinnen oder Intimpartner dieser Personen; e. Personen, die ein spezifisches Risiko für Prionenerkrankungen aufweisen“ (Art. 17 Abs. 3 AMBV). Im Übrigen richtet sich die Beurteilung der Spendetauglichkeit nach der Empfehlung des Europarats vom 12. Oktober 1995 für die Herstellung, Verwendung und Qualitätssicherung von Blutkomponenten.

Zur Einschätzung des individuellen Risikos und damit der Zulassung zur Blutspende ist von spendewilligen Personen vorgängig ein medizinischer Fragebogen zu beantworten. In Bezug auf sexuell übertragbare Krankheiten werden folgende Fragen gestellt: „16. Ist Ihr Lebens-, Sexual oder Wohnpartner in den letzten 12 Monaten an einer Gelbsucht oder Zika erkrankt? 17. Treffen eine oder mehrere der folgenden Risikosituationen für Sie zu? Wechsel der Sexualpartnerschaft in den letzten 4 Monaten; Sexueller Kontakt (geschützt oder nicht geschützt) mit wechselnden Partner/Innen in den letzten 12 Monaten; Aufenthalt in Ländern mit erhöhter AIDS-Rate in den letzten 12 Monaten während 6 Monaten oder länger; Jemals sexuellen Kontakt unter Männern; Sexueller Kontakt unter Männern in den letzten 12 Monaten; Sexueller Kontakt unter Annahme von Geld, Drogen oder Medikamenten; Injektion von Drogen, früher oder gegenwärtig; Positiver Test für HIV(AIDS), für Syphilis oder für Gelbsucht (Hepatitis B oder C). 18. Haben Sie in den letzten 12 Monaten sexuellen Kontakt mit Partner/Innen gehabt, die sich einer Risikosituation wie in den Fragen 17 ausgesetzt haben, oder die in AIDS-Risikoländern Bluttransfusionen erhalten haben, oder die wegen einer Blutgerinnungsstörung mit aus Blut hergestellten Medikamenten behandelt wurden?“⁶⁵⁰

Dieser Fragebogen der Blutspende SRK Schweiz wurde vor Kurzem insbesondere mit Blick auf die sexuelle Übertragung unter Männern revidiert, denn aus dem davor eingesetzten Fragebogen resultierte faktisch der Ausschluss von *Männern, die Sex mit Männern haben*. Dieser generelle Ausschluss ist in Art. 17 Abs. 3 AMBV nicht vorgegeben und wurde von verschiedenen Seiten kritisiert; auch der Bundesrat und das Schweizerische Heilmittelinstitut befürworteten die Änderung explizit.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Verordnung über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung, AMBV) vom 17. Oktober 2001, SR 812.212.1.

⁶⁵⁰ <<http://www.blutspende.ch/>> Spenderinformationen > Fragebogen zur Blutspende (besucht: 11.10.2017).

⁶⁵¹ 15.3401 – Motion Fraktion BD, Blutspende. Aufhebung der veralteten und diskriminierenden Beschränkungen, vom 5.5.2015 (angenommen vom Nationalrat als Erstrat am 2.5.2017); Schweizerisches Heilmittelinstitut Swissmedic, Geschäftsbericht 2015, S. 43. Siehe hierzu auch EUGH Judgment in Case C-528/13, Geoffrey Léger v Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Établissement français du sang, 29.4.2015. Aus der Pressemitteilung: „The permanent deferral from blood donation for men who have had sexual relations with another man may be justified, having regard to the situation prevailing in the Member

Jede entnommene Blutspende wird auf HIV 1 und 2, Hepatitis-B und Hepatitis-C sowie auf den Syphilis-Erreger *Treponema pallidum* getestet (Art. 18 AMBV). Fällt dieser Test positiv aus, darf das Ergebnis der spendenden Person nur mitgeteilt werden, wenn es durch geeignete Methoden bestätigt worden ist und die Person nicht auf die Mitteilung verzichtet. Verbunden mit der *Mitteilung eines positiven Testergebnisses* muss ein Beratungs- und Betreuungsangebot gemacht werden (Art. 21 AMBV). Plasma, das zur Fremdbluttransfusion verwendet werden soll, ist zusätzlich zu den Tests nach Art. 18 AMBV vier Monate zu lagern und danach erneut negativ zu testen sowie einem Verfahren zur Inaktivierung oder Elimination von Viren zu unterziehen. Nicht vorausgesetzt wird dies, wenn das Plasma ausschliesslich einer Person transfundiert wird, welcher bereits andere labile Blutprodukte aus der gleichen Blutspende verabreicht worden sind (Art. 26 Abs. 2 AMBV).

3.6.2. HIV-Test

Die Vornahme eines HIV-Tests ist eine medizinische Intervention und damit ein Eingriff in die physische und psychische Integrität, welche gerechtfertigt sein muss. Im Vordergrund steht dabei die informierte *Einwilligung* der betroffenen Person (siehe Kap. II.2.7.2 und III.3.2.1). Diskutiert wird, ob ein HIV-Test auch ohne das Einverständnis der Person oder unter gelockerten Bedingungen vorgenommen werden kann.⁶⁵² Voraussetzungen für einen solchen Test ohne Einwilligung⁶⁵³ sind eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches oder Drittinteresse und Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV). Als gesetzliche Grundlage in Frage kommt nur Art. 36 EpG:⁶⁵⁴ „Eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, kann verpflichtet werden, sich ärztlich untersuchen zu lassen und sich Proben entnehmen zu lassen.“ Eine solche Untersuchung darf jedoch nach Art. 30 EpG nur angeordnet werden, wenn „a. weniger einschneidende Massnahmen, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern, nicht ausreichen oder nicht geeignet sind; und b. die Massnahme dazu dient, eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden.“ Angeordnet werden solche Untersuchungen von der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 31 EpG).⁶⁵⁵ Art. 36 EpG bietet nur eine gesetzliche Grundlage für Untersuchungen in diesem engen Rahmen und in Einzelfällen; systematische oder Reihenuntersuchungen lassen sich damit nicht rechtfertigen.⁶⁵⁶

Das Epidemiengesetz verpflichtet insbesondere Ärzt_innen, Spitäler und andere öffentliche oder private Institutionen des Gesundheitswesens sowie Labors zur *Meldung* von Beobachtungen und laboranalytischen Befunden zu übertragbaren Krankheiten (Art. 12 EpG). Die „meldepflichtigen Beobachtungen zu übertragbaren Krankheiten, die Meldewege, Meldekriterien und Meldefristen“ konkretisierte der Bundesrat (gestützt auf Art. 13 EpG) in der Epidemienverordnung und der Verordnung des EDI über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen

State concerned. It must be established whether those persons are at a high risk of acquiring severe infectious diseases, such as HIV, and that there are no effective detection techniques or less onerous methods for ensuring a high level of health protection for recipients.“

⁶⁵² Siehe dazu diverse Beiträge in Jusletter 26.11.2012; Aids-Hilfe Schweiz (AHS)/Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 18.

⁶⁵³ Siehe dazu MÜLLER.

⁶⁵⁴ Aids-Hilfe Schweiz (AHS)/Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 18.

⁶⁵⁵ Zur Anordnung befugt ist allein der Staat, nicht aber Private wie Ärzte oder Organisationen. Botschaft EpG, BBI 2011 311, S. 386.

⁶⁵⁶ Botschaft EpG, BBI 2011 311, S. 389.

(EDI V)⁶⁵⁷. Nach EDI V Anhang 1 und Anhang 3 sind namentlich Aids, HIV-Infektion, Hepatitis und Syphilis zu melden. Die Anhänge der EDI V definieren auch die jeweils zur betroffenen Person zu machenden Angaben. Bei einem klinischen Befund einer Aids-Erkrankung und einem klinischen oder einem Laborbefund einer HIV-Infektion erfolgt die Meldung anonymisiert durch den Vornamenscode. Der Vornamenscode wird generiert aus „den ersten Buchstaben sowie die Anzahl Buchstaben des Vornamens (z. B. H4 für Hans). Dies, um Mehrfachmeldungen zu vermeiden.“⁶⁵⁸ Bei Hepatitis wird der Name nicht codiert, bei Syphilis die Initialen angegeben.

HIV-Tests können online direkt von Privatpersonen zur Selbstanwendung erstanden werden. Ein solcher *online Verkauf* ist jedoch unzulässig (Art. 48 lit. b HMG; Art. 17 Abs. 3 MepV).⁶⁵⁹

Die Krankenpflegeversicherungen sind zur *Kostenübernahme* derjenigen Analysen verpflichtet, die auf der Analysenliste aufgeführt sind (siehe Kap. III.3.2.2).⁶⁶⁰ Im Bereich HIV findet sich eine ganze Reihe von Tests gelistet, die entsprechend von der Grundversicherung bezahlt werden, sofern sie nicht anonym durchgeführt werden.

3.6.3. HIV-Arzneimittel

A. HIV-Präexpositionsprophylaxe (PrEP)

Zur HIV-Präexpositionsprophylaxe (PrEP) wird, so die Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit, das Arzneimittel Truvada eingesetzt. Dieses ist vom Schweizerischen Heilmittelinstitut zugelassen für die Behandlung von HIV-positiven Patient_innen, nicht aber zur Prophylaxe.⁶⁶¹ Zur PrEP wird das Arzneimittel folglich ausserhalb der zugelassenen Indikation angewendet, im sogenannten Off-label-Use. Vor der Medikation ist die Person durch die Ärzt_in hinreichend über diesen Umstand aufzuklären. Die Voraussetzungen der Kostenübernahme eines solchen Off-label-Uses durch die Krankenpflegeversicherung statuiert Art. 71a KVV.⁶⁶² Nach Auffassung der EKSG sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, weshalb die Kosten für die PrEP von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht erstattet werden.⁶⁶³ Truvada ist in die Abgabekategorie A eingeteilt und damit verschärft verschreibungspflichtig.

⁶⁵⁷ Verordnung des EDI über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 1. Dezember 2015, SR 818.101.126.

⁶⁵⁸ Aids-Hilfe Schweiz (AHS)/Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 17.

⁶⁵⁹ Siehe auch Aids-Hilfe Schweiz (AHS)/Bundesamt für Gesundheit (BAG), S. 5.

⁶⁶⁰ <<http://www.bag.admin.ch>> Themen > Versicherungen > Krankenversicherung > Leistungen und Tarife > Analysenliste (AL) (besucht: 17.7.2017).

⁶⁶¹ Die Liste der zugelassenen Arzneimittel publiziert die Swissmedic unter: <www.swissmedic.ch> Arzneimittel > Zugelassene Präparate > Human- und Tierarzneimittel (besucht: 5.9.2016). Weitere Informationen, namentlich auch die zugelassene Indikation sowie die Abgabekategorie, finden sich unter <compendium.ch>. Die Zulassung muss von dem Pharmaunternehmen beantragt werden und kann nicht von Amtes wegen erteilt werden.

⁶⁶² „Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten eines in die Spezialitätenliste aufgenommenen Arzneimittels für eine Anwendung ausserhalb der vom Institut genehmigten Fachinformation oder ausserhalb der in der Spezialitätenliste festgelegten Limitierung nach Artikel 73, wenn: a. der Einsatz des Arzneimittels eine unerlässliche Voraussetzung für die Durchführung einer anderen von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommenen Leistung bildet und diese eindeutig im Vordergrund steht; oder b. vom Einsatz des Arzneimittels ein grosser therapeutischer Nutzen gegen eine Krankheit erwartet wird, die für die versicherte Person tödlich verlaufen oder schwere und chronische gesundheitliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen kann, und wegen fehlender therapeutischer Alternativen keine andere wirksame und zugelassene Behandlungsmethode verfügbar ist.“ Diese Bestimmungen sind zurzeit in einem Revisionsverfahren.

⁶⁶³ BAG Bulletin 4/16, PEP bei Neugeborenen, S. 77.

In der Praxis werden PrEP-Arzneimittel oft von den Anwender_innen direkt aus dem Ausland eingeführt. Dies ist im Rahmen der Ausnahmebestimmung zur Einfuhr von Arzneimitteln zulässig: „Der Bundesrat kann erlauben, dass nicht zugelassene, verwendungsfertige Arzneimittel in kleinen Mengen eingeführt werden von (...) Einzelpersonen für den Eigengebrauch“ (Art. 20 Abs. 2 lit. a HMG; Art. 36 AMBV).

B. HIV-Postexpositionsprophylaxe (PEP)

In den ersten maximal 48 Stunden nach einer Risikosituation, die zu einer HIV-Übertragung geführt haben kann, besteht die Möglichkeit der medikamentösen HIV-Postexpositionsprophylaxe (PEP). Die angewendeten Arzneimittel sind gleichfalls in der Abgabekategorie A und für die Behandlung einer HIV-Infektion auf der Spezialitätenliste aufgeführt. Ist eine PEP aus medizinischer Sicht indiziert, so „werden die Kosten für Abklärung und Therapie von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen.“⁶⁶⁴

C. Behandlung einer HIV-Infektion

Zur Behandlung einer HIV-Infektion, respektive zur Unterdrückung der Viruslast, können eine Reihe unterschiedlicher Arzneimittel eingenommen werden. Auch hier werden die Kosten dann von der Grundversicherung getragen, wenn entweder das Arzneimittel für diese Anwendung zugelassen und auf der Spezialitätenliste aufgeführt ist oder es sich um einen Off-label-Use handelt und die Voraussetzungen nach Art. 71a f. KVV erfüllt sind.⁶⁶⁵

3.7. Prävention von sexueller Gewalt

3.7.1. Straftatbestände zum Schutz der sexuellen Integrität

Das Strafgesetzbuch kennt eine Vielzahl von Straftatbeständen zum Schutz vor sexueller Gewalt respektive zum Schutz der sexuellen Integrität. Im Folgenden werden diese in einem Überblick aufgelistet; die eingehendere Auseinandersetzung mit ausgewählten Delikten erfolgt in den anschliessenden Kapiteln (Kap. III.7.2–5).⁶⁶⁶ Straftatbestände, die sexuelle Gewalt oder einen Sexualitätsbezug beinhalten können, ohne dass dies im Wortlaut explizit erwähnt wird, werden nicht aufgelistet.⁶⁶⁷

Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit:

- Zwangsheirat und erzwungene eingetragene Partnerschaft (Art. 181a StGB)
- Menschenhandel (Art. 182 StGB)

⁶⁶⁴ BAG Bulletin 48/14, HIV-Exposition, S. 835. Zur PEP bei Neugeborenen: BAG Bulletin 4/16, PEP bei Neugeborenen, S. 80 f.

⁶⁶⁵ Einer HIV-Infektion kommt, so das Bundesgericht explizit (BGE 116 V 239 E. 3; 124 V 118 E. 5), Krankheitswert im krankversicherungsrechtlichen Sinn zu.

⁶⁶⁶ Siehe auch Kap. III.3.3; III.3.5.3.

⁶⁶⁷ Dies sind beispielsweise Drohung (Art. 180 StGB), Nötigung (Art. 181 StGB), Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), Inzest (Art. 213 StGB) oder Verbreiten menschlicher Krankheiten (Art. 231 StGB).

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: Gefährdung der Entwicklung von Minderjährigen.⁶⁶⁸

- Sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB)
- Sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB)

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre:

- Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB)
- Vergewaltigung (Art. 190 StGB)⁶⁶⁹
- Schändung (Art. 191 StGB)
- Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfinglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 StGB)
- Ausnützung der Notlage (Art. 193 StGB)
- Exhibitionismus (Art. 194 StGB)

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: Ausnützung sexueller Handlungen:

- Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB)
- Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt (Art. 196 StGB)

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: Pornografie:

- Pornografie (Art. 197 StGB)

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität: Übertretungen gegen die sexuelle Integrität:

- Sexuelle Belästigungen (Art. 198 StGB)
- Unzulässige Ausübung der Prostitution (Art. 199 StGB)

Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität (Art. 187–199 StGB) können höher bestraft werden, wenn sie von mehreren Personen gemeinsam ausgeführt werden; das gesetzliche Höchstmass der Strafe darf jedoch nicht überschritten werden (Art. 200 StGB).

3.7.2. Sexting

Gemäss der Definition von NYDEGGER meint Sexting das Versenden respektive Zugänglichmachen von erotischen oder pornografischen Selbstaufnahmen in Bild und / oder Ton respektive Text über

⁶⁶⁸ Folgende Straftaten können in der Schweiz auch verfolgt werden, wenn sie im Ausland an Minderjährigen begangen wurden (Art. 5 StGB): Menschenhandel (Art. 182), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191) oder Förderung der Prostitution (Art. 195), wenn das Opfer weniger als 18 Jahre alt war; sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188) und sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt (Art. 196); sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), wenn das Opfer weniger als 14 Jahre alt war; qualifizierte Pornografie (Art. 197 Abs. 3 und 4), wenn die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt hatten.

⁶⁶⁹ Vergewaltigung wird strafrechtlich definiert als „die naturgemässe Vereinigung der Geschlechtssteile“, worunter allein die Penetration einer Vagina durch einen Penis verstanden wird (statt vieler: BGE 99 IV 151 E. 1 S. 152). Der Vergewaltigung ähnliche Tathandlungen wie anale oder orale Penetration werden unter sexuelle Nötigung subsumiert. Im Unterschied zur sexuellen Nötigung, die keine Mindeststrafe kennt, sieht das Gesetz für Vergewaltigung eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus.

ein Mobiltelefon oder über Internet. Adressat_innen der Sexting-Nachrichten können Einzelpersonen oder auch ganze Gruppen sein.⁶⁷⁰

A. Sexting im Strafrecht

Kein strafrechtliches Delikt ist einvernehmliches Sexting unter *Erwachsenen*.

Anders sieht dies hingegen aus, wenn Minderjährige involviert sind, namentlich als aufgenommene, aufnehmende, die Nachricht versendende, empfangende oder weiterleitende Person. Denn Sextinghandlungen unter *Einbezug von Minderjährigen*, ausgenommen reine Sprachmitteilungen, können den Straftatbestand der Kinderpornografie (Art. 197 StGB) erfüllen.⁶⁷¹

Für Jugendliche im Alter *zwischen 16 und 18 Jahren* gilt die Ausnahmeregel von Art. 197 Abs. 8 StGB: Stellen diese voneinander einvernehmlich pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen her, besitzen oder konsumieren sie solche, so bleiben sie straflos.⁶⁷² Diese Ausnahmeregelung umfasst nicht alle strafbaren Tathandlungen der Kinderpornografie sondern nur das Herstellen, Besitzen und Konsumieren und greift nach dem Wortlaut nur unter Gleichaltrigen, nicht aber wenn jüngere Minderjährige einbezogen sind.

Den Tatbestand der Kinderpornografie erfüllen können auch *Selbstaufnahmen Minderjähriger*. Verschicken Jugendliche erotische Aufnahmen von sich selbst und werden diese Aufnahmen weiterverbreitet, können sie zu Opfern von Sexting-Missbrauch werden. Dadurch, dass sie die Aufnahmen jedoch selbst hergestellt und verschickt haben, können sie gleichzeitig auch Täter_innen sein. In solchen Fällen besteht die Möglichkeit, das Verfahren gegen die Opfer-Täter_in einzustellen. Dennoch verbleibt sie „jedenfalls in einer Anfangsphase der Ermittlungen im Dunstkreis der Täterschaft. Diese Rollenzuteilung verträgt sich, auch wenn sie nur vorübergehend sein sollte, nur schwer mit den Schutzbedürfnissen der von Sexting-Missbrauch betroffenen Jugendlichen.“⁶⁷³ Hinzu kommt, dass das Wissen um die eigene potentielle Strafbarkeit Opfer davon abhalten kann, um notwendige Unterstützung nachzusuchen. Mit der Sichtung des Materials können sich auch Beratungsstellen des Konsums von Kinderpornografie strafbar machen.⁶⁷⁴

Diskutiert wurde die *Ergänzung des Strafgesetzbuches* um einen eigenen Straftatbestand zu Sexting. Eine entsprechende Motion nahm der Nationalrat an, der Ständerat lehnte diese jedoch ab.⁶⁷⁵ Auch der Bundesrat sprach sich bereits verschiedentlich gegen die Aufnahme einer neuen Strafnorm aus, da er das geltende Straf- und Zivilrecht für ausreichend erachtet. Weitergeführt und verstärkt werden sollen hingegen die als wirkungsvoller erachteten Mittel der Sensibilisierung und der Förderung der Medienkompetenz.⁶⁷⁶

⁶⁷⁰ NYDEGGER, S. 41. Die Ausführungen zu Sexting basieren grossmehrheitlich auf dem Aufsatz von NYDEGGER, Allgemeiner zu Cyberbullying siehe auch BRUN.

⁶⁷¹ Der Strafartikel zu Kinderpornographie wurde im Jahr 2014 aufgrund der Lanzarote-Konvention revidiert.

⁶⁷² Den Wortlaut dieser Bestimmung kritisierend: NYDEGGER, S. 49 ff.

⁶⁷³ NYDEGGER, S. 45.

⁶⁷⁴ NYDEGGER, S. 43, 45.

⁶⁷⁵ 14.3367 – Motion Amherd Viola, Sexting bekämpfen, vom 8.5.2014.

⁶⁷⁶ 13.4266 – Interpellation Amherd Viola, Handlungsbedarf bei Sexting, vom 13.12.2013; 14.3367 – Motion Amherd Viola, Sexting bekämpfen, vom 8.5.2014; Bundesrat, Jugend und Medien, S. 138.

B. Schutz von Sexting-Opfern im Zivil- und Datenschutzrecht

Neben dem Strafrecht enthalten auch das Zivilrecht und das Datenschutzrecht Bestimmungen zum Schutz von Opfern des Sexting-Missbrauchs. Im Zivilrecht sind dies vorab die Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 f. ZGB). Demnach kann ein Opfer von Sexting-Missbrauch dem Gericht beantragen, die Verletzung seiner Persönlichkeit durch Sexting zu verbieten (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), zu beseitigen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) oder deren Widerrechtlichkeit festzustellen (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). „Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns sind ebenfalls möglich (Art. 28a Abs. 3 ZGB).“⁶⁷⁷ Auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes (Art. 15 Abs. 1 DSGVO) können Sexting-Opfer zudem insbesondere verlangen, dass die Aufnahmen nicht weiterbearbeitet werden, nicht weitergegeben werden oder vernichtet werden müssen.⁶⁷⁸

3.7.3. Weibliche Genitalverstümmelung

A. Strafrechtliches Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung

Der Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 StGB) trat am 1. Juli 2012 in Kraft.⁶⁷⁹ Die Aufnahme einer expliziten Strafnorm verfolgte einerseits das *Ziel*, eine einheitliche Rechtslage für alle Formen der Genitalverstümmelung zu schaffen, sowie andererseits, „ein eindeutiges Signal der Ächtung dieser gravierenden Menschenrechtsverletzungen zu setzen“.⁶⁸⁰

Nach Art. 124 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, wer die Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt, in ihrer natürlichen Funktion erheblich und dauerhaft beeinträchtigt oder sie in anderer Weise schädigt. „Die Behörden sind von Amtes wegen verpflichtet, weibliche Genitalverstümmelung zu verfolgen und zu ahnden“ (*Offizialdelikt*).⁶⁸¹ „Um die Strafverfolgung bei Auslandstaten zu erleichtern“, macht sich auch nach Schweizer Recht strafbar, wer die Tat im Ausland begeht, sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird (Art. 124 Abs. 2 StGB).⁶⁸² Strafbar sind auch im Inland verübte Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. c^{bis} StGB) sowie im Ausland erfolgte Vorbereitungshandlungen, wenn die beabsichtigten strafbaren Handlungen in der Schweiz verübt werden sollen (Art. 260^{bis} Abs. 3 StGB). Die Verfolgungsverjährung beträgt 15 Jahre (Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB), mindestens aber bis zum 25. Lebensjahr des Opfers (Art. 97 Abs. 2 StGB). Bislang erging zu der Strafnorm der weiblichen Genitalverstümmelung noch kein (Bundes-)Gerichtsscheid.

Der *Begriff* der weiblichen Genitalverstümmelung entspricht demjenigen, den die WHO verwendet: „Female genital mutilation (FGM) comprises all procedures that involve partial or total removal of

⁶⁷⁷ Bundesrat, Jugend und Medien, S. 66.

⁶⁷⁸ Bundesrat, Jugend und Medien, S. 66.

⁶⁷⁹ Zur weiblichen Genitalverstümmelung siehe auch DE PIETRO et al.; MONA.

⁶⁸⁰ Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBl 2010 5651, S. 5652, 5666 f. Die Strafbarkeit wäre auch ohne die explizite Norm gegeben, da Genitalverstümmelungen (schwere) Körperverletzungen nach Art. 122 f. StGB sind.

⁶⁸¹ DE WECK/HAUSAMMANN, S. VI.

⁶⁸² Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBl 2010 5651, S. 5670.

the external female genitalia, or other injury to the female genital organs for non-medical reasons.”⁶⁸³ Nicht erfasst von Art. 124 StGB wird die Beschneidung männlicher Genitalien. Die vorbereitende Kommission erachtete diese Praxis als unproblematisch,⁶⁸⁴ eine Position, die bezüglich medizinisch nicht indizierter Beschneidungen auch Widerspruch erfährt (siehe Kap. III.2.2.4). Von den Nichtregierungsorganisationen Amnesty International und TERRE DES FEMMES Schweiz in der Vernehmlassung vorgeschlagen sowie von der Lehre diskutiert, jedoch abgelehnt, wird die Anwendbarkeit von Art. 124 StGB auf geschlechtszuweisende Operationen an intergeschlechtlichen Menschen.⁶⁸⁵

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschreibt in ihrem Bericht zur Einführung der Strafnorm die Elemente des *Tatbestandes*: „Tatobjekt sind die inneren und äusseren Genitalien von weiblichen Personen. Tathandlungen sind das «Verstümmeln», «Unbrauchbar-Machen» oder «In-anderer-Weise-Schädigen». «Verstümmeln» liegt vor bei einer teilweisen oder vollständigen Entfernung der weiblichen Genitalien, also beispielsweise wenn die Schamlippen, die Klitorisvorhaut oder die Klitoris ganz oder teilweise entfernt werden (Typen Ib, II und III). «Unbrauchbar-Machen» impliziert die dauernde und erhebliche Beeinträchtigung der Grundfunktionen der weiblichen Genitalien. Diese Variante ist etwa dann erfüllt, wenn die Vagina bis auf eine kleine Öffnung zugenäht wird (Typ III). «In-anderer-Weise-Schädigen» ist als Generalklausel zu verstehen und erfasst Beschädigungen der weiblichen Genitalien, die weder eine Verstümmelung noch eine erhebliche Beeinträchtigung der Grundfunktionen nach sich ziehen, etwa dann, wenn die Vagina mittels Einführen ätzender Substanzen verengt wird oder die Klitoris oder die Schamlippen gedehnt werden (Typ IV). Unerheblich ist, ob die Eingriffe unter einwandfreien hygienischen Bedingungen von ärztlich geschultem Personal vorgenommen und mit welchen Instrumenten sie ausgeführt werden. Mit dem vorgeschlagenen Artikel 124 StGB werden auch die Defibulation (Aufschneiden der zusammengewachsenen Schamlippen) und die Reinfibulation (Wiederzunähen der Öffnung) erfasst.“⁶⁸⁶

Genitalverstümmelungen sind keiner Rechtfertigung durch *Einwilligung* der Eltern (im Falle von Kindern) zugänglich. Auch (urteilsfähige) erwachsene Personen können nicht rechtsgültig in einen solchen Eingriff einwilligen.⁶⁸⁷ Von der nicht durch Einwilligung rechtfertigbaren Genitalverstümmelung unterschieden werden rein kosmetische Eingriffe an weiblichen Genitalien. In diese gleichfalls nicht medizinisch notwendigen Genitaloperationen können urteilsfähige Personen rechtsgültig einwilligen. So sind beispielsweise Schamlippenverkleinerungen, die aus kosmetischen Gründen und basierend auf informierter freier Einwilligung vorgenommen werden, zulässig.⁶⁸⁸

B. Strafprozessuale und weitere Massnahmen gegen weibliche Genitalverstümmelung

Die Strafnorm Art. 124 StGB wird ergänzt durch strafprozessuale Vorkehren sowie weitere Massnahmen:

Die Bestimmungen der *Strafprozessordnung*, „dass bei Verdacht auf schwere Körperverletzung das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen entfällt (Art. 168 Abs. 4 Bst. a

⁶⁸³ <<http://www.who.int>> Media centre > Fact sheets > Female genital mutilation (besucht: 10.10.2016). Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBI 2010 5651, S. 5668.

⁶⁸⁴ Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBI 2010 5651, S. 5668 f.

⁶⁸⁵ Siehe hierzu GROHSMANN, Diskriminierung, S. 33, m. w. H. namentlich auf die Vernehmlassungen, den Vernehmlassungsbericht; STUDER/COPUR, S. 68; WERLEN, S. 119 ff., 369 ff.

⁶⁸⁶ Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBI 2010 5651, S. 5669.

⁶⁸⁷ Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBI 2010 5651, S. 5669.

⁶⁸⁸ Kritik an dieser Unterscheidung findet sich beispielsweise in TERRE DES FEMMES Schweiz.

StPO), die körperliche Untersuchung am Opfer auch gegen dessen Willen möglich ist (Art. 251 Abs. 4 StPO) und die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs bzw. verdeckte Ermittlungen möglich sind (Art. 269 Abs. 2 Bst. a StPO bzw. Art. 286 Abs. 2 Bst. a StPO)“, gelten auch für die Strafverfolgung bei Verdacht auf weibliche Genitalverstümmelung.⁶⁸⁹

Weitere Massnahmen gegen die weibliche Genitalverstümmelung umfassen insbesondere die Opferhilfe nach OHG (siehe Kap. III.2.4.13 und III.3.7.6), das allgemeine Kindesschutzrecht (Art. 307 ff. ZGB), inklusive Melderechte und Meldepflichten,⁶⁹⁰ sowie Sensibilisierungsmassnahmen.

Kindesschutzmassnahmen können ergriffen werden, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern entweder nicht schutzwilling oder nicht schutzfähig sind. Eine drohende Genitalverstümmelung gefährdet das Kindeswohl so, dass Kindesschutzmassnahmen berechtigt sind. Nach vorgenommener Genitalverstümmelung ist im Einzelfall zu betrachten, ob eine Kindeswohlgefährdung besteht oder nicht. Erhält die Kindesschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung, so muss sie diesbezüglich aktiv werden. Zuständig ist die Behörde am Wohnsitz des Kindes. Wird eine Kindesschutzmassnahme angeordnet, so muss diese verhältnismässig sein; es ist die mildeste Massnahme zu wählen, die erfolgversprechend erscheint.⁶⁹¹

Meldepflichten treffen: die Strafbehörden (Art. 302 Abs. 1 StPO), Personen mit Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber Minderjährigen, sofern sie Garantenstellung⁶⁹² haben und nicht dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterliegen (Art. 219 StGB), sowie Personen in amtlicher Tätigkeit (Art. 443 Abs. 2 ZGB, bei Kindern i. V. m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Zur Meldung berechtigt, nicht aber verpflichtet, ist jedermann, wenn eine Unmündige der weiblichen Genitalverstümmelung gefährdet ist (Art. 364 StGB; Art. 443 Abs. 1 i. V. m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Bei Gefährdung einer Erwachsenen ist jede Person, die nicht dem Amts- oder Berufsgeheimnis untersteht, meldeberechtigt (Art. 301 StPO i. V. m. Art. 320 und 321 StGB; Art. 443 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 321 Ziff. 2 und 3 StGB). Ergänzend dazu können die Kantone weitere Anzeige- und Meldepflichten festlegen.⁶⁹³

C. Weibliche Genitalverstümmelung als geschlechtsspezifische Verfolgung

In seinem Handbuch zur geschlechtsspezifischen Verfolgung anerkennt das Staatssekretariat für Migration (SEM) „die Furcht vor einer zukünftigen“ weiblichen Genitalverstümmelung als geschlechtsspezifischen Asylgrund, nicht aber eine bereits erlittene Verstümmelung. Betont wird zudem, dass zu einer drohenden Verstümmelung ein fehlender Schutz im Heimatland hinzukommen muss, mithin dass die übrigen Voraussetzungen für die Asylgewährung auch erfüllt sein müssen. Machen Eltern in dem Asylverfahren geltend, „ihr/e Tochter/Töchter nicht vor FGM schützen zu

⁶⁸⁹ Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBl 2010 5651, S. 5671. Körperliche Untersuchungen gegen den Opferwillen sind nur zulässig, wenn sie unerlässlich sind, um die Straftat aufzuklären.

⁶⁹⁰ Dies wurde explizit als ausreichend eingeschätzt. Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen, BBl 2010 5651, S. 5660 f.

⁶⁹¹ Ausführlicher dazu und mit weiteren Hinweisen: DE WECK/HAUSAMMANN, S. 18 ff.

⁶⁹² „Die von dieser Bestimmung vorausgesetzte sogenannte Garantenstellung haben je nach Umständen (bzw. Dauer und Intensität der Beziehung) etwa Eltern, Beistände, Krippen, Spital- und Heimpersonal und Schulverantwortliche, nicht aber Babysitter, Tourenleiter oder sporadische Lehrer.“ DE WECK/HAUSAMMANN, S. 24, nach STRATENWERTH/WOHLERS.

⁶⁹³ DE WECK/HAUSAMMANN, S. 27.

können, kommt dieses Verhalten nach Ansicht des SEM einer oppositionellen Haltung gleich, die ihrer Natur nach zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft führen kann.“⁶⁹⁴

3.7.4. Zwangsheirat, -ehe und erzwungene eingetragene Partnerschaft

Ausgelöst durch verschiedene politische Vorstösse⁶⁹⁵ erarbeitete der Bundesrat in den vergangenen etwa zehn Jahren ein Paket aus neuen Rechtsnormen und weiteren Massnahmen zur Verhinderung von Zwangsheiraten sowie zur Unterstützung und zum Schutz der Opfer.⁶⁹⁶ Die Umsetzung respektive Inkraftsetzung begann im Jahr 2013.

A. Begriffsklärungen

Unter „Zwangsheirat“ wird das aufgenötigte Eingehen einer Ehe verstanden. Entscheidend für das Vorliegen einer Zwangsheirat ist, dass eine oder beide Brautleute nicht freiwillig, sondern aufgrund eines ausgeübten Zwanges in den Eheschluss einwilligen. Dadurch unterscheidet sich die Zwangsheirat insbesondere von der Ehe zur Umgehung des Ausländerrechts (Art. 97a ZGB),⁶⁹⁷ der arrangierten Ehe und der Stellvertreterehe.⁶⁹⁸ Jedoch können auch solche Ehen unfreiwillig geschlossen werden, beispielsweise als Zwangsheirat zur Umgehung des Ausländerrechts oder als arrangierte Zwangsheirat.⁶⁹⁹ „Zwangsehe“ hingegen ist der unfreiwillige Verbleib in einer freiwillig oder unfreiwillig eingegangenen Ehe.

Erzwungene eingetragene Partnerschaften werden den Zwangsheiraten und Zwangsehen explizit gleichgestellt. Terminologisch wird jedoch, ausserhalb des Gesetzeswortlauts, meist nur von Zwangsheirat gesprochen.⁷⁰⁰

B. Massnahmenpaket des Bundes gegen Zwangsheiraten und erzwungene eingetragene Partnerschaften

Zur Bekämpfung von Zwangsheiraten, -ehen und erzwungenen eingetragenen Partnerschaften wurden einerseits das Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten sowie andererseits das Bundesprogramm „Bekämpfung Zwangsheiraten“ erlassen.

Das *Bundesgesetz* trat am 1. Juli 2013 in Kraft; es enthält eine Kombination aus straf-, zivil-,⁷⁰¹ ausländer- und asylrechtlichen Normen. Seine relevantesten Pfeiler sind:⁷⁰²

⁶⁹⁴ Staatssekretariat für Migration (SEM), S. 6 f.

⁶⁹⁵ 05.3477 – Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats, Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten, vom 9.9.2005; 06.3658 – Motion Heberlein Trix, Massnahmen gegen Zwangsheiraten und arrangierte Heiraten, vom 7.12.2006.

⁶⁹⁶ Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185, S. 2186. Weiterführend zur Zwangsheirat: GEISER; HAUSAMMANN/SCHNEGG; MEIER.

⁶⁹⁷ Siehe auch BGE 141 III 1 E. 4. S. 5

⁶⁹⁸ Zur Anerkennung von Stellvertreterehen: Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185, S. 2197; Bundesrat, Familienrecht, Ziff. 4.3.5; Bundesrat, Zwangsheiraten, Ziff. 3.6.2.

⁶⁹⁹ Siehe dazu auch Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185, S. 2220.

⁷⁰⁰ So beispielsweise die Website des Bundes <www.gegen-zwangsheirat.ch> (besucht: 11.10.2016).

⁷⁰¹ Mit Postulat 16.3897 – Sibel Arslan, Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten), vom 30.9.2016 wird eine Wirksamkeitsprüfung der zivilrechtlichen Massnahmen gefordert. Der Bundesrat ist bereit, das Postulat entgegenzunehmen, der Nationalrat stimmte am 16.12.2016 zu.

⁷⁰² Nach HAUSAMMANN/SCHNEGG, S. 42 ff.

- Pflicht der Zivilstandsämter, zu prüfen, ob die Ehe aus freiem Willen geschlossen werden soll und die Verlobten auf die Voraussetzung des freien Willens aufmerksam zu machen (Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 65 Abs. 1^{bis} ZStV);
- Anzeigepflicht der Zivilstandsbehörden, wenn sie Zwang oder Straftaten feststellen (Art. 43a Abs. 3^{bis} ZGB);
- Meldepflicht jeder Behörde bei Verdacht auf Zwangsheirat oder -ehe, soweit es sich mit ihren Aufgaben vereinbaren lässt;
- Unbefristete Ungültigkeit von Zwangsheiraten (Art. 105 Ziff. 5 ZGB);
- Minderjährigenehen sind gleichfalls ungültig und können unbefristet als solche eingeklagt werden, „es sei denn, die Weiterführung der Ehe entspricht den überwiegenden Interessen [des minderjährigen] Ehegatten“ (Art. 105 Ziff. 6 ZGB);
- Strafnorm der Zwangsheirat und der erzwungenen eingetragenen Partnerschaft (Art. 181a StGB, siehe nachfolgend C.);
- Opferhilfe: Zwangsheirat ist eine qualifizierte Nötigung⁷⁰³ und fällt damit in den Anwendungsbereich des OHG;
- Bleiberecht trotz Eheauflösung für das Opfer, dessen Aufenthaltsstatus sich aus der Ehe ableitete, bei Vorliegen wichtiger persönlicher Gründe (Art. 50 Abs. 2 AuG);
- Zwangsheiraten als Asylgrund im Sinne von Art. 3 Abs. 1 AsylG.

Neben der Rechtsetzung sollen mit dem fünf Jahre dauernden *Bundesprogramm Bekämpfung Zwangsheiraten (2013–2017)* „funktionierende «Netzwerke gegen Zwangsheirat» entstehen, in denen Lehrpersonen, weitere Berufsfachpersonen und Beratungsstellen in den Bereichen häusliche Gewalt und Integration zusammenarbeiten und sich regelmässig austauschen. Die verbesserte Zusammenarbeit soll dafür sorgen, dass für Betroffene und ihr Umfeld, sowie Fachpersonen Angebote und Massnahmen zur Prävention entwickelt werden. Zudem sollen die betroffenen Personen auf eine bessere Beratung und verstärkten Schutz zählen können.“⁷⁰⁴

C. Strafrechtliches Verbot von Zwangsheirat und erzwungener eingetragener Partnerschaft

Nach Art. 181a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, eine Ehe einzugehen oder eine Partnerschaft eintragen zu lassen. Relevant ist, dass die Ehe oder die Partnerschaft tatsächlich eingegangen wird,⁷⁰⁵ jedoch nicht wie lange diese Bestand hat.⁷⁰⁶ In Abweichung vom Territorialitätsprinzip macht sich auch strafbar, wer die Tat im Ausland begeht, sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird (Art. 181a Abs. 2 StGB). Die Verfolgungsverjährung beträgt 15 Jahre (Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB). Gleich wie der Straftatbestand der Nötigung, so ist auch derjenige der Zwangsheirat und erzwungenen eingetra-

⁷⁰³ Botschaft Zwangsheiraten, BBl 2011 2185, S. 2203.

⁷⁰⁴ <www.gegen-zwangsheirat.ch> Aktivitäten des Bundes > Bundesprogramm (besucht: 11.10.2016).

⁷⁰⁵ Wird die Ehe oder Partnerschaft nicht eingegangen, kann Nötigung vorliegen. Dazu: WOHLERS, S. 758, zum Recht vor der Einführung von Art. 181a StGB.

⁷⁰⁶ Botschaft Zwangsheiraten, BBl 2011 2185, S. 2220.

genen Partnerschaft als Officialdelikt ausgestaltet, das heisst, das Verfahren wird unabhängig eines Antrags des Opfers eingeleitet. Ein Urteil des Bundesgerichts ist bisher zu Art. 181 a StGB nicht ergangen.⁷⁰⁷

Den Kreis der möglichen *Täter_innen* schränkt das Strafrecht nicht ein; in Betracht „kommen neben dem Partner oder der Partnerin auch Eltern, Geschwister, sonstige Verwandte oder andere Drittpersonen“.⁷⁰⁸ Ob die Täter_in auch tatsächlich bereit ist, die Drohung wahr zu machen, ist irrelevant.⁷⁰⁹

Die Varianten der *Tathandlung* – Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile oder Beschränkung der Handlungsfreiheit – erläuterte der Bundesrat in der Botschaft wie folgt: „Während Gewalt als physischer Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen zu verstehen ist, stellt bei der Androhung ernstlicher Nachteile der Täter dem Opfer die Zufügung eines Übels in Aussicht, dessen Eintritt er als von seinem Willen abhängig erscheinen lässt. Ernstlich sind die angedrohten Nachteile, wenn sie geeignet sind, auch eine verständige Person als Betroffene gefügig zu machen.“⁷¹⁰

Vom Wortlaut der Strafnorm nicht erfasst ist der erzwungene Verzicht auf die *Scheidung* einer freiwillig eingegangenen Ehe.⁷¹¹ Solche Zwangsehen werden jedoch regelmässig den Tatbestand der Drohung (Art. 180 StGB) oder der Nötigung (Art. 181 StGB) erfüllen.

3.7.5. Häusliche Gewalt

Unter häuslicher Gewalt wird sowohl körperliche, psychische als auch sexuelle Gewalt verstanden, die in einer bestehenden oder einer beendeten Partnerschaft, Beziehung, Ehe, Familie oder in einem Haushalt ausgeübt oder angedroht wird. Ein gemeinsamer Haushalt von Opfer und Täter_in ist demnach nicht zwingende Voraussetzung dafür, dass häusliche Gewalt vorliegen kann.⁷¹² Der

⁷⁰⁷ Mit der „Sistierung eines Ehegattennachzugs im Nachgang zu einer Meldung wegen Verdachts auf Vorliegen des Ungültigkeitsgrundes einer Zwangsehe“ befasste sich das Bundesgericht erstmals in Urteil 2C_102/2015 vom 30.1.2015. Dazu: SPESCHA, familienbezogene Rechtsprechung, S. 172.

⁷⁰⁸ Botschaft Zwangsheiraten, BBl 2011 2185, S. 2219.

⁷⁰⁹ Botschaft Zwangsheiraten, BBl 2011 2185, S. 2220.

⁷¹⁰ Botschaft Zwangsheiraten, BBl 2011 2185, S. 2220.

⁷¹¹ MEIER, S. 204, äussert sich hierzu zum Vorentwurf von Art. 181 a StGB, der mit dem geltenden Recht identisch ist: „Die Einführung eines Spezialstraftatbestandes ermöglicht die Ausstattung des Straftatbestandes als Dauerdelikt. Der Straftatbestand der Zwangsheirat könnte folglich auf den Tatbestand der Zwangsehe, d. h. auf das erzwungene Verbleiben in der Ehe bzw. das Verweigern der Trennung oder der Ehescheidung erweitert werden.“

⁷¹² Zur Definition von häusliche Gewalt siehe: SCHWANDER, Interventionsprojekte, S. 119, nach Berner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt, Runder Tisch, Konzept und Vorschläge zuhanden der Kantonalen Projektorganisation. Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs betreffend 1. Polizeilicher Gewahrsam und 2. Polizeiliche Wegweisung/Rückkehrverbot, November 2001/Januar 2002, 9 f. Die Definition von SCHWANDER wurde übernommen von Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Häusliche Gewalt – Informationsblatt 1, Definition, Formen und Folgen häusliche Gewalt, 2014 (abrufbar: <gleichstellung-schweiz.ch> Dokumentation > Publikationen > Informationsblätter Häusliche Gewalt).

Art. 3 lit. b Istanbul-Konvention definiert häusliche Gewalt als „Handlungen körperlicher, sexueller, psychischer oder wirtschaftlicher Gewalt, die innerhalb der Familie oder des Haushaltes oder zwischen früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnerinnen beziehungsweise Partnern vorkommen, unabhängig davon, ob der Täter beziehungsweise die Täterin denselben Wohnsitz wie das Opfer hat oder hatte“.

Gesetzgeber verankerte einen Schutz der Opfer von häuslicher Gewalt im Straf-, im Zivil- und im Ausländerrecht.⁷¹³

Ein weiterer Schritt wird die bereits beschlossene Ratifizierung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (Istanbul-Konvention)⁷¹⁴ sein; sowohl der Ständerat als auch der Nationalrat haben dem Beitritt zugestimmt.⁷¹⁵

A. Häusliche Gewalt im Strafrecht

Das Strafrecht kennt keinen eigenen *Straftatbestand* der häuslichen Gewalt; die Handlungen werden jedoch in diversen Strafartikeln erfasst, namentlich Körperverletzung (Art. 122 f. StGB), Drohung (Art. 180 StGB), Nötigung (Art. 181 StGB), (wiederholte) Tötlichkeit (Art. 126 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB) und Vergewaltigung (Art. 190 StGB). Der Ausübung solcher Gewalttaten im häuslichen Umfeld wird Rechnung getragen durch die Ausgestaltung als *Offizialdelikte*, die Möglichkeit zur Verfahrensassistierung und -einstellung (Art. 55a StGB), besondere strafprozessrechtliche Opferrechte sowie Kontakt- und Rayonverbote.⁷¹⁶

Nötigung (Art. 181 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB) und Körperverletzung (Art. 122 StGB) sind immer *Offizialdelikte*, das heisst, es wird von Amtes wegen ein Strafverfahren eingeleitet, auch ohne entsprechenden Antrag des Opfers. Körperverletzungen, Tötlichkeiten und Drohungen hingegen sind im Grundtatbestand Antragsdelikte, ein Strafverfahren wird nur auf Antrag eingeleitet. Verübt an Ehegatt_innen, eingetragenen Partner_innen oder Lebenspartner_innen während dem Zusammenleben und bis ein Jahr danach werden diese Delikte zu *Offizialdelikten*. Gleichfalls *Offizialdelikte* sind einfache Körperverletzungen (Art. 123 StGB) und Tötlichkeiten (Art. 126 StGB) verübt an einer Person, die unter der Obhut der Täter_in steht oder für die sie zu sorgen hat, namentlich an einem Kind. Nur bei Tötlichkeiten wird zudem die wiederholte Tatbegehung vorausgesetzt; einmalige Tötlichkeiten sind stets Antragsdelikte.

Sind Ehegatt_in, eingetragene_r Partner_in oder Lebenspartner_in das Opfer von einfacher Körperverletzung, wiederholten Tötlichkeiten, Drohung oder Nötigung geworden, so kann das Strafverfahren auf Ersuchen des Opfers oder wenn dieses einem entsprechenden Antrag zustimmt, *sistiert* werden (Art. 55a StGB). Das Verfahren wird wieder an die Hand genommen, wenn das Opfer oder, falls dieses nicht handlungsfähig ist, seine gesetzliche Vertreter_in ihre Zustimmung

⁷¹³ Ausführlicher zu häuslicher Gewalt: HAUSAMMANN/DE PIETRO, S. 52 ff.; HAUSAMMANN/SCHNEGG, S. 23 ff.; <<http://www.ebg.admin.ch>> Themen > Häusliche Gewalt (besucht: 16.10.2016), zum gesetzlichen Schutz insbesondere: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Häusliche Gewalt – Informationsblatt 11, Häusliche Gewalt in der Schweizer Gesetzgebung, 2015 (abrufbar: <gleichstellungschweiz.ch> Dokumentation > Publikationen > Informationsblätter Häusliche Gewalt).

⁷¹⁴ Weiterführend zur Istanbul-Konvention: <<http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/home>> (besucht: 12.10.2016).

⁷¹⁵ Zustimmung des Ständerates am 27.2.2017, Zustimmung des Nationalrates am 31.5.2017; die Referendumsfrist lief am 5.10.2017 ungenutzt ab. Siehe Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BBl 2017 4275.

⁷¹⁶ Die Wirkung der polizeilichen und strafrechtlichen Reaktion auf häusliche Gewalt untersuchen aktuell SCHWARZENEGGER und OTT-FISCHBACHER basierend auf allen Fällen häuslicher Gewalt im Kanton Zürich, welche der Polizei vom 1.6. bis 30.11.2014 bekannt wurden und welche eine Schutzverfügung nach Gewaltschutzgesetz des Kantons Zürich zur Folge hatten. Die publizierten Ergebnisse sind auf 2017 zu erwarten. <<http://www.rwi.uzh.ch/de/lehreforschung/alphabetisch/schwarzenegger.html>> Forschung > Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Praxis und Wirkungsevaluation (besucht: 9.11.2016).

innerhalb von sechs Monaten seit der Sistierung schriftlich oder mündlich widerruft. Bei der Verfahrenssistierung handelt es sich um eine Kann-Bestimmung, das heisst, Staatsanwaltschaft und Gericht können entgegen einem Sistierungsantrag das Verfahren weiterführen. Dadurch soll insbesondere ein erzwungener Antrag unbeachtlich bleiben können.

Aktuell laufen Bestrebungen zur Revision dieser Sistierungsregel, um die Opfer weiter zu entlasten. Nach dem Vorschlag des Bundesrates sollen folgende Änderungen vorgenommen werden: „Erstens soll der Entscheid über den Fortgang des Strafverfahrens nicht mehr ausschliesslich von der Willensäusserung des Opfers abhängig sein. Die Verantwortung über Sistierung, Wiederanhandnahme oder Einstellung des Verfahrens soll vielmehr bei den Behörden liegen, die neben der Erklärung des Opfers auch weitere Umstände berücksichtigen und würdigen. Dabei soll auch das Verhalten der beschuldigten Person Berücksichtigung finden, so etwa der Umstand, dass diese ein Lernprogramm gegen Gewalt besucht. Zweitens sollen Verfahren bei Verdacht auf wiederholte Gewalt nicht mehr sistiert werden können. Wurde die beschuldigte Person bereits wegen eines Delikts gegen Leib und Leben, die Freiheit oder die sexuelle Integrität gegenüber dem aktuellen oder einem früheren Partner verurteilt, so soll eine Sistierung nicht mehr zulässig sein. Drittens soll das Opfer vor der Einstellung noch einmal angehört werden und seinen Willen zur Verfahrenseinstellung bestätigen.“⁷¹⁷

Im *Strafprozess* können verschiedene allgemeine Schutzmassnahmen zugunsten des Opfers getroffen werden, die auch für Opfer von häuslicher Gewalt relevant sein können (Art. 117 StPO). So das Recht auf Persönlichkeitsschutz, das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson, das Recht auf Schutzmassnahmen, das Recht auf Aussageverweigerung, das Recht auf Information und das Recht auf eine besondere Zusammensetzung des Gerichts. Bei Opfern unter 18 Jahren kommen darüber hinaus die besonderen Bestimmungen zum Schutz ihrer Persönlichkeit zur Anwendung, namentlich betreffend Einschränkungen bei der Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person, besondere Schutzmassnahmen bei Einvernahmen oder Einstellung des Verfahrens.

Wurde die verletzende Person eines Verbrechens oder Vergehens der häuslichen Gewalt schuldig gesprochen und besteht die Gefahr, dass sie bei einem Kontakt zum Opfer weitere Verbrechen oder Vergehen begehen wird, so kann das Gericht für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ein *Kontakt- und Rayonverbot* verhängen (Art. 67b StGB). Mit dem Kontakt- und Rayonverbot kann das Gericht der Täter_in namentlich verbieten, mit dem Opfer direkt oder über Drittpersonen Kontakt aufzunehmen, sich ihm zu nähern oder sich in einem bestimmten Umkreis seiner Wohnung oder anderen bestimmten Orten aufzuhalten. Die Täter_in kann zusätzlich technisch überwacht werden („elektronische Fussfessel“). Das Verbot kann während dem Vollzug nachträglich erweitert oder ergänzt werden (Art. 67d StGB), um höchstens weitere fünf Jahre verlängert werden, auf Antrag der Täter_in nach zwei Jahren des Vollzugs aufgehoben oder eingeschränkt werden oder, wenn von der Täter_in anzunehmenderweise keine Gefahr für das Opfer mehr ausgeht und sie den Schaden ersetzt hat, aufgehoben werden (Art. 67c StGB).

Opfern von häuslicher Gewalt stehen die Hilfsangebote nach *Opferhilfegesetz* (OHG) offen (siehe Kap. III.3.7.6).

⁷¹⁷ Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom Oktober 2015, S. 2. Siehe auch die am 11.10.2017 vom Bundesrat verabschiedete Botschaft und den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen.

B. Zivilrechtlicher Schutz von Opfern häuslicher Gewalt

Den zivilrechtlichen Schutz vor häuslicher Gewalt verankert Art. 28b ZGB. Demnach kann zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen beim Gericht ein Kontakt- und Rayonverbot vergleichbar den strafrechtlichen Massnahmen (Art. 67 StGB) beantragt werden.

Häusliche Gewalt im zivilrechtlichen Sinn umfasst nebst Gewalt auch Drohung und Nachstellungen; insbesondere Stalking wollte der Gesetzgeber explizit miteinbeziehen. Gewalt und Drohung müssen eine gewisse *Intensität* aufweisen. Nachstellungen müssen wiederholt auftreten und beim Opfer Furcht auslösen.⁷¹⁸

Beim Gericht Klage einreichen nach Art. 28b ZGB kann nur die von der Persönlichkeitsverletzung betroffene Person selbst (sogenannte Aktivlegitimation). Die Idee, weiteren Personen ein Klage-recht einzuräumen, wurde bewusst verworfen, um die Autonomie des Opfers zu wahren.⁷¹⁹ Nach geltendem Recht ist das *Verfahren* auf Schutz der Persönlichkeit gegen häusliche Gewalt kostenpflichtig, soweit der klagenden Person nicht unentgeltliche Rechtspflege oder finanzielle Unterstützung nach dem Opferhilfegesetz gewährt wird. Generelle Unentgeltlichkeit des Verfahrens wurde bei Erlass von Art. 28b ZGB diskutiert, jedoch explizit abgelehnt.⁷²⁰ Im laufenden Revisionsverfahren wurde diese Frage erneut aufgegriffen und es wird vorgeschlagen, in Zukunft auf Gerichtskosten zu verzichten.⁷²¹

Die *Massnahmen*, die das Gericht der verletzenden Person auf Basis von Art. 28b ZGB auferlegen kann, sind – im Unterschied zum Strafrecht und zum Eheschutzverfahren – nicht abschliessend aufgezählt. In jedem Fall muss die angeordnete Massnahme aber verhältnismässig sein, da sie in die Grundrechtsposition der Täterschaft eingreift. Zur Durchsetzung kann die auferlegte zivilrechtliche Massnahme mit Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden.

Der Schutz nach Art. 28b ZGB setzt weder gemeinsames Wohnen noch eine Lebensgemeinschaft zwischen verletzender und verletzter Person voraus. Lebt die klagende Person aber mit der verletzenden Person in einer *Wohnung* zusammen,⁷²² so kann sie dem Gericht beantragen, die verletzende Person für eine bestimmte, einmal verlängerbare Zeit⁷²³ aus der Wohnung auszuweisen. Im Ernstfall verfügt eine kantonale Stelle, die jederzeit verfügbar sein muss, die sofortige Ausweisung der verletzenden Person aus der gemeinsamen Wohnung und regelt das weitere Verfahren (Art. 28b Abs. 4 ZGB). Ob die Kantone diese Aufgabe der Polizei übertragen oder einer anderen Stelle lässt ihnen das Bundesrecht frei.⁷²⁴

⁷¹⁸ Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBI 2005 6871, S. 6884.

⁷¹⁹ Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBI 2005 6871, S. 6885.

⁷²⁰ Bundesrat, Schutz vor Gewalt, BBI 2005 6897, S. 6899.

⁷²¹ Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf vom Oktober 2015, S. 2. Siehe auch die am 11.10.2017 vom Bundesrat verabschiedete Botschaft und den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen.

⁷²² „Das Zusammenleben in der gleichen Wohnung beschränkt sich (...) nicht nur auf ein Paar, sondern schliesst auch andere Wohnformen mit ein. Ausgeschlossen bleiben indessen Einrichtungen mit Heimcharakter.“ Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBI 2005 6871, S. 6887.

⁷²³ Unbefristet kann die Wohnung im Rahmen einer Eheschutzmassnahme (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) zugeteilt werden, nicht aber in dem Verfahren zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28b ZGB).

⁷²⁴ Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBI 2005 6871, S. 6889.

Erscheint es nach den gesamten Umständen als gerechtfertigt, so kann der klagenden Person gerichtlich auferlegt werden, für die ausschliessliche Benützung der Wohnung die verletzende Person angemessen zu entschädigen. Das Gericht kann auch der klagenden Person, mit Zustimmung der Vermieter_in, die Rechte und Pflichten aus einem Mietvertrag allein übertragen.

Können insbesondere zum Schutz von *Kindern* oder *Betagten*, die Opfer von häuslicher Gewalt geworden sind, auch Kindes- respektive Erwachsenenschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB) angeordnet werden, so gehen diese den Massnahmen nach Art. 28b ZGB vor.⁷²⁵

Gegen die *Ehegatt_in* oder *eingetragene Partner_in* gerichtete häusliche Gewalt verletzt die besonderen Beistandspflichten aus der Ehe respektive der eingetragenen Partnerschaft (Art. 159 ZGB; Art. 12 PartG). Das Eherecht hält mit dem Eheschutz einen Massnahmenkanon bereit (Art. 171 ff. ZGB), den das Gericht diesfalls anordnen kann. Anders als die Massnahmen nach Art. 28b ZGB ist dieser Kanon möglicher Eheschutzmassnahmen jedoch gesetzlich beschränkt, das Gericht kann nicht nach Belieben die Massnahme anordnen, die es für am sinnvollsten hält. Das Partnerschaftsgesetz hingegen statuiert keine besonderen Schutzmassnahmen und beschränkt auch nicht die möglichen Massnahmen.⁷²⁶

C. Ausländerrechtlicher Aufenthalt des Opfers von häuslicher Gewalt

Ausländische Ehegatt_innen, beziehungsweise Partner_innen, und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizer_innen oder von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben nur Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 42 f. AuG). Das Zusammenwohnen wird auch gefordert, wenn sich die Aufenthaltsbewilligung von einer Person mit Aufenthaltsbewilligung oder Kurzaufenthaltsbewilligung ableitet; diesfalls besteht jedoch kein Anspruch der ausländischen Ehegatt_in, Partner_in oder des Kindes (Art. 44 f. AuG). Das Erfordernis des Zusammenwohnens nach den Artikeln 42–44 AuG besteht dann nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiterbesteht (Art. 49 AuG).

Opfer von häuslicher Gewalt geraten durch diese Verknüpfung von Zusammenwohnen und Aufenthaltsstatus in ein Dilemma zwischen Aufenthalt und Schutz vor der Gewalt. Damit sie sich aus dem gewalttätigen Umfeld lösen können, erteilt Art. 50 AuG einen Anspruch auf Weiterbestand der Aufenthaltsbewilligung, wenn die Ehegatt_in respektive Partner_in Opfer häuslicher Gewalt wurde, die Ehe respektive Partnerschaft nicht aus freiem Willen geschlossen hat oder die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint (Art. 50 Abs. 2 AuG). „Dieser Anspruch steht lediglich Ehegatten oder Partnerinnen von Personen mit Schweizerbürgerrecht oder niedergelassenen Ausländern und Ausländerinnen zu. Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann gemäss Art. 77 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE⁷²⁷) die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden, wenn wichtige Gründe analog zu Art. 50 Abs. 2 AuG geltend gemacht werden können.“⁷²⁸

⁷²⁵ Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, BBl 2005 6871, S. 6887.

⁷²⁶ FamKomm Eingetragene Partnerschaft, BÜCHLER/VETTERLI, Art. 17 N 2; zur Aufhebung des Zusammenlebens eingetragener Partner_innen siehe auch MONTINI, Rz. 101 ff.

⁷²⁷ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007, SR 142.201.

⁷²⁸ HAUSAMMANN/DE PIETRO, S. 61.

3.7.6. Opferhilfe

Art. 124 BV verpflichtet den Bund im Bereich der Opferhilfe zu legislieren (siehe Kap. III.2.4.13). Diesem Gesetzgebungsauftrag kam der Bund mit dem Opferhilfegesetz sowie mit Art. 117 StPO, Stellung des Opfers im Strafverfahren, nach.⁷²⁹

Zweck der Opferhilfe ist es, so das Bundesgericht in BGE 126 II 348 E. 5a S. 354, „Opfern von schweren Straftaten (...) rasch und auf möglichst unbürokratische Weise wirksame Hilfe zu leisten, und zwar unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat (vergleiche Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 OHG).“

Opfer, die Hilfe erhalten können, sind Personen, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Unversehrtheit beeinträchtigt worden sind, unabhängig einer Verurteilung der Täterschaft (Art. 1 Abs. 3 OHG). Zudem können Angehörige des Opfers einen eigenen Hilfsanspruch geltend machen (Art. 1 Abs. 2 OHG).

Die Opferhilfe wird gewährt, wenn die Straftat in der Schweiz begangen worden ist (Art. 3 Abs. 1 OHG). Wurde die *Straftat im Ausland* begangen, so werden keine Entschädigungen und Genugtuungen gewährt. Dem Opfer einer im Ausland begangenen Straftat kann jedoch unter bestimmten Bedingungen sofortige und längerfristige Hilfe geleistet werden von den Opferhilfeberatungsstellen⁷³⁰ (Art. 3 Abs. 2 OHG). Dies jedoch nur dann, wenn das Opfer im Zeitpunkt der Straftat und im Zeitpunkt der Gesuchstellung Wohnsitz in der Schweiz hatte und wenn der Staat, in dem die Straftat begangen wurde, keine oder keine genügenden Leistungen erbringt.⁷³¹ Für Hilfe an Angehörige müssen sowohl diese als auch das Opfer das Wohnsitzerfordernis erfüllen (Art. 17 OHG); allenfalls kann auf den Schweizer Wohnsitz des Opfers bei Gesuchstellung verzichtet werden.⁷³² Relevant ist der jeweilige zivilrechtliche Wohnsitz der Person; irrelevant ist hingegen die Staatsbürgerschaft.⁷³³

Die *Hilfeleistungen* gliedern sich in drei Pfeiler: erstens Finanzleistungen, zweitens Opferberatung und -aufnahme sowie drittens „Verbesserung der Stellung der Opfer im polizeilichen und gerichtlichen Verfahren“.⁷³⁴ Die Finanzleistungen beschränken sich einerseits auf Personen, die aufgrund ihrer ökonomischen Situation darauf angewiesen sind und die nicht anderweitig Schadenersatz erhalten, andererseits müssen die Leistungen (nur) angemessen sein, also den Schaden nicht notwendigerweise vollumfänglich decken.⁷³⁵ Unabhängig der wirtschaftlichen Situation des Opfers kann ihm auch eine Genugtuung für erlittenes seelisches Leid zugesprochen werden.

Im Jahr 2000 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob ein Gesuch um Entschädigung und Genugtuung für eine Infektion mit dem HI-Virus rechtzeitig gestellt worden war. Damals galt noch eine Frist von zwei Jahren ab Straftat zur Einreichung des Gesuchs um Entschädigung und Genugtuung. In Bezug auf die *HIV-Infektion* begann diese Frist, so das Bundesgericht, sobald das Opfer davon Kenntnis hatte und nicht bereits mit der Straftat (BGE 126 II 348). Im zu beurteilenden Fall

⁷²⁹ Detailliertere Erläuterungen dazu siehe OHG-Kommentar; Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK); Bundesamt für Justiz, Opferhilfe.

⁷³⁰ OHG-Kommentar, ZEHNTNER, Art. 17 N 2.

⁷³¹ Relevant ist die Strafbarkeit nach Schweizer Strafrecht, nicht nach dem Recht am ausländischen Begehungsort. OHG-Kommentar, ZEHNTNER, Art. 17 N 4.

⁷³² OHG-Kommentar, ZEHNTNER, Art. 17 N 8.

⁷³³ OHG-Kommentar, ZEHNTNER, Art. 17 N 1, 5.

⁷³⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 341.

⁷³⁵ BGE 131 II 217 E. 2.5 S. 222; 129 II 145 E. 3.4.2 S. 156. Botschaft BV, BBl 1997 I 1, S. 341.

erhielt das Opfer erst nach Ausbruch der Krankheit Aids und vier Jahre nach der zur Infektion führenden Straftat die HIV-Diagnose. Das kurz nach der Diagnosestellung eingereichte Opferhilfegesuch galt als rechtzeitig gestellt. Gemäss der zwischenzeitlich revidierten Regelung der Einreichungsfristen (Art. 25 OHG) ist das Gesuch „innert fünf Jahren nach der Straftat oder nach Kenntnis der Straftat“ einzureichen.

3.8. Bildung zur sexuellen Gesundheit

3.8.1. Sexualekundeunterricht

Wie in Kapitel III.2.4.2 aufgezeigt wurde, liegt die Kompetenz für das *Schulwesen* bei den Kantonen. Aus der Bundesverfassung ergibt sich der Auftrag an alle Kantone, jedem Kind ein Mindestmass an Bildung zu gewährleisten, um es „auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten“ (BGE 130 I 352 E. 3.2 S. 354), nicht aber die Pflicht eines einheitlichen Kurrikulums in allen Kantonen. Dies gilt auch für den Sexualekundeunterricht. Setzen die Kantone diesen Auftrag zur sexuellen Bildung unterschiedlich um, so ist dies als Folge der föderalen Ordnung hinzunehmen, soweit das zu garantierende Minimum gewährleistet wird. Für detailliertere Ausführungen zum Sexualekundeunterricht im Rahmen der obligatorischen Schulzeit wird auf die Kapitel III.2.2.9 und III.2.4.2 verwiesen; zu Grenzen und Möglichkeiten der Dispensation vom Sexualekundeunterricht zusätzlich auf Kapitel II.2.8.2.

Für die Allgemeinbildung an den *Berufsschulen* ist hingegen der Bund zuständig, der hierzu Mindestvorschriften erlassen hat (Art. 63 BV). Diese Mindestvorschriften werden in einem eidgenössischen Rahmenlehrplan oder, bei besonderen Bedürfnissen, in den Bildungsverordnungen konkretisiert (Art. 15 Abs. 2 lit. b BBG⁷³⁶; Art. 19 BBV⁷³⁷). Die kantonalen Berufsfachschulen wiederum konkretisieren den Rahmenlehrplan in ihren eigenen Schullehrplänen, in denen auch die behandelten Themen genauer geregelt werden.

Der eidgenössische Rahmenlehrplan für den allgemeinbildenden Unterricht erwähnt Sexualekunde nur als ein Beispiel bei den Orientierungshilfen, welche Themen im Schullehrplan aufgenommen werden können.⁷³⁸ Sexualekundeunterricht wird demnach im Rahmenlehrplan für die Berufsschulen nicht explizit festgelegt⁷³⁹.

3.8.2. Sexuelle Bildung für Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung

Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung kommt gleichfalls der *grundrechtliche Anspruch* auf Grundschulunterricht zu, der auch sexuelle Bildung umfassen muss (Art. 19 BV, Kap. III.2.2.9).⁷⁴⁰

⁷³⁶ Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG) vom 13. Dezember 2002, SR 412.10.

⁷³⁷ Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV) vom 19. November 2003, SR 412.101. Zudem: Art. 4 Verordnung des SBFI über Mindestvorschriften für die Allgemeinbildung in der beruflichen Grundbildung vom 27. April 2006, SR 412.101.241.

⁷³⁸ BBT, Rahmenlehrplan, Kap. 7.1 Orientierungshilfen zur Festlegung der Themen im Schullehrplan in persönlichen Zusammenhängen.

⁷³⁹ Die Leitgedanken und Bildungsziele unter dem Aspekt Identität und Sozialisation (Kap. 5.6) umfassen auch Aspekte wie „psychische und physische Gesundheit“, „Rollen als Frauen oder Männer in der Gesellschaft“ und „andere Lebensstile identifizieren und sie akzeptieren“.

⁷⁴⁰ Siehe auch UN CRPD, GC 3, Ziff. 40 f.; CM/Rec (2012)6, Ziff. 4.v.

Zur Erreichung dieses Ziels haben Kinder, die als behindert gelten, Anspruch auf geeignete besondere Schulung; die Grundschulbildung muss auf die Möglichkeiten der Einzelnen angepasst sein, so dass die Inhalte auch verstanden werden können. Dieser Angemessenheit und Geeignetheit der Ausbildung⁷⁴¹ ist auch bei der sexuellen Bildung von Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung nachzukommen, da ansonsten das Ziel der Vorbereitung auf ein selbständiges Leben – soweit dies im Einzelfall erreichbar ist – verfehlt wird. Denkbar wäre auch, den Anspruch auf sexuelle Bildung, die unter anderem und insbesondere bei Menschen mit kognitiver Beeinträchtigung das Ziel der Prävention sexueller Ausbeutung (in einem weiten Sinne) verfolgt, aus dem Kindeswohl abzuleiten. Das Kindeswohl zu schützen ist gemeinsame Aufgabe von Schule und Elternhaus.⁷⁴²

Aus dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) sowie den darüber hinaus gehenden *Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen* (Art. 8 Abs. 4 BV; Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)) ergibt sich zudem der Anspruch von Schüler_innen mit kognitiver Beeinträchtigung auf benachteiligungsfreie Grundschulbildung,⁷⁴³ was wiederum auch Sexualkunde erfasst. Die sexuelle Bildung von Kindern mit kognitiver Beeinträchtigung hat darüber hinaus selbstverständlich auch dem Diskriminierungsverbot aufgrund weiterer verpöner Merkmale (siehe Kap. II.2.11 und III.2.2.2), namentlich dem Geschlecht, der Geschlechtsidentität und der sexuellen Orientierung, standzuhalten.

Auch für die Grundbildung von Kindern und Jugendlichen mit kognitiver Beeinträchtigung sind primär die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 3 BV).⁷⁴⁴ Diese sorgen dafür, so Art. 20 BehiG, dass Kinder und Jugendliche, die als behindert gelten, eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist. Soweit dies möglich ist und dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen dient, ist die integrative Schulung zu fördern. Die Berufsfachschulen liegen, wie oben gesehen, in der *Zuständigkeit* des Bundes. Nach Art. 21 Abs. 2 BBG trägt die Berufsfachschule, „mit speziellen Angeboten den Bedürfnissen (...) von Personen mit Lernschwierigkeiten Rechnung“ (lit. b) und „fördert die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann sowie die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen durch entsprechende Bildungsangebote und -formen“ (lit. c).

3.8.3. Aus- und Weiterbildung von Fachleuten

Aus- und Weiterbildung zu sexueller Gesundheit kann für Fachpersonen in ganz unterschiedlichen Berufen und Positionen relevant sein.⁷⁴⁵ Im Folgenden werden die Aus- und Weiterbildungspflichten der universitären Medizinal- und Psychologieberufe, der Strafverfolgungsbehörden⁷⁴⁶ und -gerichte sowie der Opfer- und der Schwangerschaftsberatungsstellen betrachtet.

⁷⁴¹ Vergleiche BGE 130 I 352 E.3.2 S. 354.

⁷⁴² AFFOLTER.

⁷⁴³ Siehe COPUR/NAGUIB, S. 100 ff.; LANDOLT, S. 181 ff.; MANFREDI/ZIMMERMANN, S. 43 ff.

⁷⁴⁴ Auf allfällige finanzielle Beteiligung der Invalidenversicherung wird nicht eingegangen.

⁷⁴⁵ Zur Weiterbildung, allgemein und ohne direkten Bezug zu Fachleuten im Bereich Sexualität und Reproduktion, siehe auch das Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014, SR 419.1.

⁷⁴⁶ Strafverfolgungsbehörden sind die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstraftbehörden (Art. 12 StPO). Gerichtliche Befugnisse im Strafverfahren haben das Zwangsmassnahmengericht, das erstinstanzliche Gericht, die Beschwerdeinstanz und das Berufungsgericht (Art. 13 StPO).

A. Universitäre Medizinal- und Psychologieberufe

Die Anforderungen an die universitäre Ausbildung sowie an die berufliche Weiter- und Fortbildung der Fachpersonen im Bereich der universitären Medizinalberufe⁷⁴⁷ reguliert das Medizinalberufegesetz (Art. 1 Abs. 1 MedBG). Aus-, Weiter- und Fortbildung im Bereich der universitären Psychologieberufe reguliert das Psychologieberufegesetz (Art. 1 Abs. 2 PsyG⁷⁴⁸). Sowohl auf der Ebene dieser Gesetze als auch in den diese konkretisierenden Verordnungen werden die Bildungsinhalte nicht detailliert geregelt; entsprechend wird auch sexuelle Gesundheit nicht erwähnt.

B. Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte

Die Organisation sowie auch die Aus- und Weiterbildung der Strafverfolgungsbehörden und der Strafgerichte liegen in der Kompetenz der Kantone. Die Behörden müssen jedoch zur korrekten Anwendung des Bundesrechts befähigt sein, woraus sich eine Pflicht der Kantone zu einem Minimum an Aus- und Weiterbildung ableiten lässt. Als Teil der Opferhilfe unterstützt der Bund Ausbildungsprogramme für das Personal der Gerichte und der Polizei finanziell, begrenzt auf gesamtschweizerische oder mindestens für eine ganze Sprachregion bestimmte Programme (Art. 8 Abs. 1 lit. b OHV).

Eine Spezialisierung schreibt die Strafprozessordnung vor für Personen, die minderjährige Opfer von Straftaten⁷⁴⁹ einvernehmen. Ist bei einem minderjährigen Opfer erkennbar, dass die Einvernahme oder die Gegenüberstellung zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte, so ist die Einvernahme von einer zu diesem Zweck ausgebildeten Ermittlungsbeamt_in und im Beisein einer Spezialist_in durchzuführen (Art. 154 Abs. 4 lit. d Satz 1 StPO).

C. Opferberatungs- und Schwangerschaftsberatungsstellen

Die kantonal organisierten Opferberatungsstellen nach dem Opferhilfegesetz müssen angemessene medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe anbieten (Art. 14 Abs. 1 OHG). Soweit die Beratung namentlich durch Ärzt_innen oder Psycholog_innen geleistet wird, unterliegen diese den Anforderungen aus dem Medizinalberufegesetz respektive dem Psychologieberufegesetz. Zur Förderung der Fachausbildung des Personals der Beratungsstellen und der mit der Opferhilfe Betrauten, gewährt der Bund Finanzhilfen. Dabei trägt er den besonderen Bedürfnissen bestimmter Opferkategorien Rechnung, insbesondere den Bedürfnissen minderjähriger Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität (Art. 31 OHG). Auch diese Finanzhilfen werden nur für gesamtschweizerische oder mindestens für eine ganze Sprachregion bestimmte Ausbildungsprogramme gewährt (Art. 8 Abs. 1 lit. a OHV⁷⁵⁰).

Die Schwangerschaftsberatungsstellen sind gleichermassen kantonal organisiert und müssen einen bundesrechtlich vorgegebenen Auftrag erfüllen können. Dem Bundesrecht lassen sich jedoch auch für die Schwangerschaftsberatungsstellen keine über das Berufsrecht (MedBG und PsyG) hinausgehenden Vorgaben zur Aus- und Weiterbildung der Mitarbeitenden entnehmen. In der Entstehung der gesetzlichen Grundlagen zur Pflicht der Kantone, Schwangerschaftsberatungsstellen

⁷⁴⁷ Als universitäre Medizinalberufe gelten nach Art. 2 Abs. 2 MedBG: Ärzt_innen, Zahnärzt_innen, Chiropraktiker_innen, Apotheker_innen und Tierärzt_innen.

⁷⁴⁸ Bundesgesetz über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG) vom 18. März 2011, SR 935.81.

⁷⁴⁹ Erfasst sind hier sämtliche Straftaten, nicht nur Sexualdelikte.

⁷⁵⁰ Verordnung über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfeverordnung, OHV) vom 27. Februar 2008, SR 312.51.

einzurichten, wurden Bundesbeiträge an die Aus- und Weiterbildung der Mitarbeitenden explizit abgelehnt.⁷⁵¹ Die Kosten für Aus- und Weiterbildung sind damit von den Kantonen zu tragen.

⁷⁵¹ Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBl 1979 II 1037, S. 1068.

IV. SCHLUSSBETRACHTUNGEN

1. Einleitung

Sexualität und Reproduktion umfassen eine grosse Spannweite ganz unterschiedlicher Aspekte. Entsprechend nähert sich auch die vorliegende Bestandesaufnahme zu sexueller und reproduktiver Gesundheit und den diesbezüglichen Rechten (SRHR) einer *heterogenen Thematik*. Einer Thematik aber auch, die geprägt ist von Wertungs- undhaltungsfragen.

Auf der Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes besteht eine *Dynamik* hin zu einer vermehrten Öffnung und zu einem immer stärkeren Schutz marginalisierter Gruppen. Gleichzeitig sind aber verschiedene UN-Mitgliedstaaten bestrebt, ihren Ermessensspielraum möglichst breit zu halten, und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gesteht den Mitgliedstaaten teilweise noch einen grossen Ermessensspielraum zu. Dass sich dieser Ermessensspielraum in einzelnen Fragen aufgrund von gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Entwicklungen verändern kann, zeigt beispielsweise die Rechtsprechung zum Verbot der Eizellenspende auf: Bisher stufte der EGMR ein solches Verbot als menschenrechtskonform ein, merkte aber bereits an, dass aufgrund von gesellschaftlichen Veränderungen und Haltungen ein Verbot allenfalls in der Zukunft nicht mehr mit Art. 8 EMRK vereinbar sein könnte. Auf nationaler Ebene zeigt sich ein ähnliches Bild. Bestimmte Bereiche werden stetig liberalisiert und bestehende Benachteiligungen beseitigt, während in anderen Bereichen aus menschenrechtlicher Sicht kritische Bewegungen gegen marginalisierte Gruppen zu beobachten sind. Dies zeigt sich zum Beispiel in der Formulierung einzelner Volksinitiativen, etwa bei der Initiative „Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe“, die gleichgeschlechtliche Paare explizit von der Ehe ausnehmen wollte (in der Volksabstimmung aber abgelehnt wurde).

Die vorliegende Bestandesaufnahme beleuchtet die verschiedenen *Normebenen* ausgehend von den internationalen Menschenrechtsstandards der UN und des Europarates, die für die Schweiz teils verbindlich und teils unverbindlich (sogenanntes Soft-Law) sind; anschliessend wird das nationale Recht aufgezeigt. In der Hierarchie des nationalen Rechts steht die Bundesverfassung zuoberst. Weist diese dem Bund die entsprechende Kompetenz zu, so können Bundesgesetze erlassen werden, welche wiederum in Verordnungen konkretisiert werden. Die Schweizer Rechtsordnung kennt jedoch die Eigenheit, dass – entgegen dieser Normhierarchie – Bundesgesetze sowie das Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. So müssen Bundesgesetze von den Gerichten auch dann angewendet werden, wenn sie mit der Bundesverfassung unvereinbar sind. Eine Anwendung kann hingegen verweigert werden, wenn ein Konflikt mit internationalen Menschenrechtsvorgaben, namentlich der EMRK, besteht. Dadurch besitzen die internationalen Verträge eine besondere Bedeutung für die schweizerischen Rechtssuchenden.

Die Kompetenz zum Erlass von sexualitäts- und reproduktionsbezogenem Recht liegt, je nach Sachgebiet, teilweise beim Bund und teilweise bei den Kantonen. Eine umfassende gesetzliche Regelung sexualitäts- und reproduktionsbezogener Rechte kann daher weder auf nationaler noch auf kantonaler Ebene getroffen werden und würde aufgrund der Heterogenität der Regelungsmaterien sachlich auch keinen Sinn machen.

Die *Einhaltung menschenrechtlicher Verpflichtungen* obliegt gleichermaßen sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsanwendung auf allen drei Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden); die innerstaatliche Kompetenzverteilung schmälert die internationalen Verpflichtungen nicht. Mit dem föderalistisch organisierten Staat gehen jedoch auch spezifische Herausforderungen einher.

So erstens, dass kantonal unterschiedliche Umsetzungen der Menschenrechte, solange und soweit sie sich innerhalb des zulässigen Rahmens bewegen, zulässig sind. Zweitens kann eine unterschiedliche Umsetzung durch verschiedene Staatsebenen, respektive Kantone und Gemeinden, das Monitoring und die Beurteilung der tatsächlichen Situation erschweren.

Trotz der kompetenzrechtlichen Herausforderung im schweizerischen Föderalismus ist festzuhalten, dass aus den internationalen Vorgaben im Bereich der SRHR folgt, dass die Staaten den Erlass und die Umsetzung einer umfassenden nationalen Strategie oder eines Aktionsplanes an die Hand nehmen müssen. Ein solches Instrument fehlt bislang in der Schweiz.

Die Beurteilung, ob ein Staat seinen menschenrechtlichen Verpflichtungen nachkommt beziehungsweise in welchen Bereichen welche Lücken bestehen, setzt die Kenntnis sowohl der Rechtslage als auch der tatsächlichen Situation voraus. Die vorliegende Bestandesaufnahme zeigt, dass die Schweizer Rechtsordnung im Bereich der SRHR nur wenige Kritikpunkte aufweist, dass aber die dynamische Fortentwicklung immer wieder entsprechende Anpassungen notwendig macht.

Die vorliegende Studie beinhaltet eine rechtliche Bestandesaufnahme. Aus ihr lassen sich nur begrenzt Hinweise auf die tatsächliche Situation von Betroffenen und die Wirkungsweise des Rechts auf ihre Lebensrealität entnehmen. So ist beispielsweise über die Situation und die Bedürfnisse von asexuellen Menschen in der Schweiz nur wenig bekannt und entsprechend ist auch ihre menschenrechtliche Situation kaum beurteilbar.

Die vorliegende Bestandsaufnahme zeigt, dass in einigen Bereichen der Rechtsanwendung ein klarer Verbesserungsbedarf besteht, während in anderen Bereichen ein solcher vermutet werden muss. Insbesondere müsste näher untersucht werden, ob Mitgliedern von marginalisierten Gruppen, wie beispielsweise Geflüchtete, Sexarbeiter_innen, Menschen mit HIV, LGBTI-Personen, Arbeitslose oder als behindert geltende Menschen, die sexualitäts- und reproduktionsbezogenen Menschenrechte auch tatsächlich umfassend zugestanden werden, respektive wo die Rechtsanwendung den menschenrechtlichen Anforderungen nicht genügt.

2. Zentrale Aspekte des Menschenrechtsschutzes

Aufgrund ihrer Heterogenität berühren SRHR zahlreiche menschenrechtliche Fragestellungen. Im Folgenden werden sechs zentrale Aspekte des menschenrechtlichen Schutzes von sexueller und reproduktiver Gesundheit näher betrachtet: 1) Integritätsschutz und Schutz vor Gewalt und Ausbeutung, 2) Achtung und Schutz von Autonomie und Identität, 3) Schutz der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens, 4) Nichtdiskriminierung, 5) Gesundheitsförderung und Prävention sowie 6) Beratung, Bildung und Information. Im Folgenden werden die grundlegenden Gehalte und die rechtliche Verankerung dieser Aspekte sowie aktuelle Diskussionsfelder in der Schweiz kurz aufgezeigt. Dabei konzentrieren sich die Ausführungen auf die Vorgaben der Bundesverfassung und der EMRK. Weitere Menschenrechtsübereinkommen werden nur erwähnt, soweit sie über die EMRK und die Bundesverfassung hinausreichende, spezifische Rechte aufweisen.

2.1. Schutz der körperlichen und psychischen Integrität, Schutz vor Gewalt und Ausbeutung

Der Integritätsschutz umfasst einerseits den Schutz vor jeglichen Eingriffen in die körperliche Integrität, auch vor harmlosen oder medizinischen Heileingriffen, und schützt andererseits vor seelischem Leiden von zumindest minimaler Intensität. Der Gehalt des Schutzes der körperlichen und

der psychischen Integrität lässt sich nicht immer klar von dem des Schutzes der Autonomie, insbesondere vom Schutz der autonomen Entscheidung über den eigenen Körper, abgrenzen. So verletzen beispielsweise eine medikamentöse Kontrazeption oder eine Kaiserschnittentbindung ohne vorgängige informierte Zustimmung sowohl die physische und die psychische Integrität als auch die Autonomie. Besondere Bedeutung kommt dem Integritätsschutz bei Personen zu, die sich in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis vom Staat befinden, beispielsweise im Justizvollzug oder bei fürsorgerischer Unterbringung. Verankert ist der Integritätsschutz insbesondere in Art. 6, 7, 8, 17 UNO-Pakt II, Art. 2, 3, 4, 8 EMRK und Art. 10 Abs. 2 sowie Art. 11 Abs. 1 BV.

Der *Kerngehalt* des Integritätsschutzes umfasst das Verbot der Folter sowie grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, einschliesslich des Verbotes der Zwangssterilisation (insbesondere Art. 7 UNO-Pakt II, Vorgaben der FoK, Art. 5 RDK, Art. 19 und 37 KRK, Art. 15 BRK, Art. 3 EMRK, Art. 10 Abs. 3 BV), das Sklaverei- und Zwangsarbeitsverbot (insbesondere Sklavereiabkommen, Art. 8 UNO-Pakt II, Art. 4 EMRK, Art. 10 Abs. 3 BV) sowie das Recht auf Leben und das Verbot der Todesstrafe (insbesondere Art. 10 Abs. 1 BV).

Unter Wahrung des Kerngehalts kann in die körperliche und psychische Integrität eingegriffen werden nach den Voraussetzungen von Art. 36 BV respektive von Art. 8 Abs. 2 EMRK. Ein solcher *Grund- beziehungsweise Menschenrechtseingriff* muss auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basieren, dem Schutz eines öffentlichen oder Drittinteresses dienen sowie verhältnismässig sein (so Art. 36 BV), respektive gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (so Art. 8 Abs. 2 EMRK). An diesen Eingriffsvoraussetzungen messen lassen müssen sich auch Einschränkungen in sogenannten Sonderstatusverhältnissen, wie beispielsweise bei Angehörigen der Armee, Personen im Freiheitsentzug, in Krankenhäusern, Schulen oder Heimen. Zudem hat der Staat die Pflicht, die Integrität von Betroffenen zum Beispiel mit Mitteln des Strafrechts und des Zivilrechts vor Verletzungen durch Dritte zu schützen. *Schutz- und Gewährleistungspflichten* treffen den Staat insbesondere auch dann, wenn eine erhebliche Gefahr durch Private droht, beispielsweise als Schutz vor sexueller Ausbeutung. In der Wahl der Massnahmen, beispielsweise Aufklärungs-, Hilfs- oder Unterstützungsangebote, kommt den Staaten jedoch ein grosser Ermessensspielraum zu.

Mit Blick auf das Schweizer Recht erstrecken sich *aktuelle Diskussionsfelder* rund um den Integritätsschutz und den Schutz vor Gewalt und Ausbeutung auf so unterschiedliche Bereiche wie unfreiwillige körperliche Eingriffe, strafrechtliche Verbote von und präventive Massnahmen gegen sexuelle Gewalt und Ausbeutung, die Gewährung von Asyl aufgrund von geschlechtsspezifischer Verfolgung oder die Definition der Leistungen der medizinischen Notversorgung.

Eingriffe in die körperliche Integrität ohne oder unter erzwungener Einwilligung der betroffenen Person werden namentlich diskutiert in Bezug auf kosmetische, geschlechtszuweisende Operationen an intergeschlechtlichen Kindern, medizinische Angleichungsmassnahmen als Voraussetzungen für die Änderung von Name und amtlichem Geschlecht bei Trans- und Intermenschen, HIV-Tests, Schwangerschaftstests und Knabenbeschneidungen.

Gesetzgeberische Tätigkeiten zu und Diskussionen von strafrechtlichen Verboten und präventiven Massnahmen gegen Gewalt und Ausbeutung erfassten in den letzten Jahren insbesondere die Themenfelder Mädchen- und Frauenhandel, Ausbeutung durch unfreiwillige Sexarbeit, eheliche und häusliche Gewalt, Zwangsheirat, weibliche Genitalverstümmelung oder sexuelle Gewalt gegen

und Ausbeutung von Kindern. Die bereits beschlossene Ratifizierung der Istanbul-Konvention, respektive deren Umsetzung, wird künftig weitere Diskussionen zu präventiven, repressiven und kurativen Massnahmen im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Gewalt notwendig machen. Bisher nur am Rande thematisiert wird der Aspekt des Respektierens, also von Grundrechtsverletzungen durch staatliche Organe, wie beispielsweise schikanierende Polizeikontrollen gegenüber Sexarbeitenden oder unangemessene Befragungen zu sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität.

Die Praxis der Asylgewährung, respektive Nichtgewährung, aufgrund geschlechtsspezifischer Verfolgung oder Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität oder von Geschlechtsmerkmalen, aber auch zum Beispiel die Unterbringung oder die Modalitäten der Befragung während des Asylverfahrens, sind seit einiger Zeit in Diskussion und in Bewegung. Gleichfalls diskutiert werden Beeinträchtigungen des Schutzes der Opfer von Straftaten, insbesondere von häuslicher Gewalt, durch die Verknüpfung von Strafrecht und ausländerrechtlichem Aufenthaltsrecht. Denn leitet sich der Aufenthaltstitel des Opfers von der gewaltausübenden Person, insbesondere vom Ehegatten, ab, so läuft die gewaltbetroffene Person Gefahr, nach einer Trennung ihr Aufenthaltsrecht zu verlieren.

Die Leistungen der medizinischen Notversorgung sollen als Minimum der medizinischen Versorgung die physische Integrität schützen. Welche Leistungen Teil der Notversorgung bilden, ist jedoch umstritten, so beispielsweise bei Verhütungsmitteln oder Schwangerschaftsabbruch.

2.2. Achtung und Schutz von Autonomie und Identität

Die menschenrechtlich geschützte Autonomie ist das selbstbestimmte Entscheiden über elementare Aspekte des eigenen Lebens, über die existenziellen Aspekte der Entfaltung der Persönlichkeit. Zu diesen elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung gehören namentlich Entscheide über den Körper, die Gesundheit, das Leben von Beziehungen, sexuelle Kontakte, die Geschlechtsidentität, die eigene Fortpflanzung oder Vorabverfügungen über den eigenen Körper nach dem Tod. Das Recht auf Autonomie ist jedoch nicht als eigenes beziehungsweise explizites Menschenrecht in den Verträgen verankert; als Rechtsgrundlagen im Vordergrund stehen die sogenannte persönliche Freiheit im engeren Sinne (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK). Ergänzend finden einzelne Aspekte der Autonomie ihren Schutz in spezifischen Normen, so beispielsweise das Recht auf die freie Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied der eigenen Kinder in Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW.

Wie vorstehend in Kap. IV.2.1 gesehen, sind die Grenzen zwischen der Selbstbestimmung und der physischen und psychischen Integrität fließend. Dies zeigt sich besonders in deren nahezu identischem Kerngehalt. Die Zulässigkeit von *Einschränkungen* der Selbstbestimmung misst sich ebenfalls an den in Art. 36 BV respektive in Art. 8 Abs. 2 EMRK verankerten Voraussetzungen (dazu Kap. IV.2.1).

Der Grad der tatsächlich bestehenden Selbstbestimmung scheint, so die auszumachenden *Diskussionsfelder*, nicht zuletzt in Bezug zu Persönlichkeitsmerkmalen und Kriterien zu stehen, wie sie ähnlich auch im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutzrecht relevant sein können. So wird beispielsweise eine in der Praxis eingeschränkte sexuelle und reproduktive Autonomie von Menschen, die als behindert gelten, von Armutsbetroffenen, von Menschen mit prekärem Aufenthaltsstatus, von Trans- und Intermenschen oder von Sexarbeitenden thematisiert. Insbesondere

die Regelung von Sexarbeit zeigt exemplarisch die Schwierigkeit einer tatsächlich auf Autonomie-zuerkennung basierenden Gesetzgebung: Das aktuelle Recht reguliert Sexarbeit fast ausschliesslich straf- und epidemienrechtlich, betrachtet also Sexarbeiter_innen implizit als Opfer und Krankheitsträger_innen, und wird kaum je unter Anhörung der Sexarbeitenden selbst erlassen. Ein auf individueller und kollektiver Autonomie beruhender Ansatz der Gesetzgebung hingegen würde einen Wandel hin zu einem Verständnis von Sexarbeitenden als Subjekte, als Expert_innen ihrer eigenen Situation und als Berufsausübende bedingen und verstärken.

Die tatsächliche Selbstbestimmung über den eigenen Körper, und damit verbunden die eigene Gesundheit, ist eng verknüpft mit der Kostenübernahme von medizinischen Behandlungen durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Sowohl der gesetzlich geregelte Ausschluss bestimmter Leistungen, beispielsweise von (Notfall-)Kontrazeptiva oder anonymisiert durchgeführten HIV-Tests, als auch Leistungsablehnungen im Einzelfall, beispielsweise von Massnahmen der körperlichen Geschlechtsangleichung, werden zunehmend kritisiert und diskutiert. Bei den Leistungsablehnungen im Einzelfall wäre insbesondere genauer zu beleuchten, wo diese über den Einzelfall hinaus Zeichen einer strukturellen Benachteiligung sind.

2.3. Schutz der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens

Mit dem *Schutz der Privatsphäre* wird dem Individuum ein Recht auf Privatheit zugestanden und damit die Selbstbestimmung darüber, wer persönliche Lebenssachverhalte erfahren darf. Damit verbunden ist auch das Recht auf Einsicht, Berichtigung und Löschung von staatlich erfassten persönlichen Daten; der Teilgehalt der informationellen Selbstbestimmung stellt zudem gewisse Anforderungen an das Bearbeiten von Personendaten. Teilgehalte sind ferner die Kenntnis der eigenen Abstammung, das Recht, an öffentlich zugänglichen Orten (und selbstverständlich im Privatbereich) nicht staatlich überwacht zu werden, oder die freie Lebensgestaltung einschliesslich des intimen und sonstigen sozialen Umgangs mit anderen Personen.

Ergänzt wird der Schutz des Privatlebens durch das *Recht auf Familienleben*, welches familiäre Bindungen nach einem modernen Verständnis eheunabhängig schützt. Dieses Recht auf Schutz des Familienlebens, das heisst insbesondere als Familie zusammen zu leben, steht bereits bestehenden Familien zu. Auf einem engeren Familienverständnis beruht das verfassungsmässige *Recht auf Familie*, mithin das Recht, eine – verschiedengeschlechtliche – Ehe eingehen, eine Familie gründen und diese Beziehungen rechtlich anerkennen zu können. Das Recht auf Familiengründung umfasst sowohl die Zeugung von Kindern, als auch, in den Schranken der Rechtsordnung, die Familiengründung durch Fortpflanzungsmedizin, Adoption oder Stief- und Pflegekinder-verhältnisse. Auch hier können die Grenzen zum Integritätsschutz und zur Selbstbestimmung nicht immer trennscharf definiert werden.

Verankert ist das Recht auf Privatleben und -sphäre namentlich in Art. 10 und 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, Art. 8 und 16 KRK und Art. 22 BRK. *Einschränkungen* des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens messen sich wiederum an Art. 36 BV respektive Art. 8 Abs. 2 EMRK (dazu Kap. IV.2.1).

Mit Blick auf den Schutz der Privatsphäre, das Recht auf Privat- und Familienleben und das Recht auf Familie bietet die Fortpflanzungsmedizin ein grosses *Diskussionsfeld*. Ausgelöst durch den medizinischen Fortschritt weist die Rechtsentwicklung in diesem Bereich zurzeit eine enorme Dynamik auf. In der Schweiz wie in anderen Staaten besonders diskutiert werden die Verbote der Leihmutterchaft, der Eizellenspende und der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der

Fortpflanzungsmedizin. Zunehmend werden diese Verbote dadurch umgangen, dass Leistungen im Ausland in Anspruch genommen werden. Im Ausland vorgenommene Leihmutterchaften und Fremd-Keimzellenspenden führen insbesondere zu der gleichfalls kontrovers beurteilten Frage der rechtlichen Anerkennung von nicht genetisch mit dem Kind verbundenen Elternteilen.

Während gleichgeschlechtliche und unverheiratete verschiedengeschlechtliche Paare ab dem Jahr 2018 Zugang zur Stiefkindadoption erhalten, bleibt ihnen namentlich die gemeinschaftliche Adoption verwehrt. Diese Regelung wird weiterhin Anlass zu Diskussionen geben.

Eine der Normen des Schweizer Rechts zu SRHR, welche aus einem menschenrechtlichen Blickwinkel als problematisch erscheint, ist die fehlende Möglichkeit des (potentiellen) genetischen, jedoch juristisch nicht anerkannten Vaters, seine Vaterschaft abzuklären und ein Vaterschaftsverfahren anzustrengen. Dies ist namentlich dann problematisch, wenn die Mutter verheiratet ist und dadurch ihr Ehemann von Gesetzes wegen automatisch als Vater anerkannt wird.

Als Aspekt des Schutzes der Privatsphäre und der Selbstbestimmung in Bezug auf die Geschlechtsidentität verstärkt zu diskutieren wäre die Einführung eines dritten amtlichen Geschlechts.

2.4. Nichtdiskriminierung

Diskriminierung liegt vor, wenn Personen aufgrund eines verpönten, weil besonders persönlichkeitsnahen Kriteriums benachteiligt werden, ohne dass die Ungleichbehandlung qualifiziert gerechtfertigt werden kann. Solche verpönten Merkmale sind nicht nur, aber insbesondere: Herkunft, Rassifizierung, Geschlecht, einschliesslich Geschlechtsidentität und -merkmale, Alter, Sprache, soziale Stellung, Vermögen, Lebensform, einschliesslich sexuelle Orientierung, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung, körperliche, geistige oder psychische Behinderung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Geburt oder sonstiger Status. Diskriminierungen einer Person aufgrund mehrerer dieser verpönten Merkmale, die sogenannte Mehrfach- oder intersektionale Diskriminierung, werden in der Schweiz erst seit Kurzem und erst vereinzelt thematisiert. Verankert ist das Diskriminierungsverbot insbesondere in Art. 8 Abs. 1 BV, Art. 14 EMRK, Art. 2 und 3 UNO-Pakt I, Art. 2, 3 und 26 UNO-Pakt II, Art. 2 RDK, Art. 2 CEDAW, Art. 2 KRK sowie Art. 3 lit. g, Art. 5 und 6 BRK.

Seit einiger Zeit immer wieder *diskutiert* und kritisiert wird der nur partielle rechtliche Schutz gegen Diskriminierung durch Private. Mit Blick auf das Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit wirft dieser fehlende umfassende Diskriminierungsschutz im Privatrecht zum Beispiel die Frage auf, ob die Ausschlagung einer Zusatzversicherung der Krankenkassen aufgrund eines verpönten Merkmals wie Transidentität, Intergeschlechtlichkeit, Alter oder Behinderung zulässig ist.

Verschiedene Diskussionen und Rechtsänderungen der jüngeren Zeit drehen sich um die Diskriminierung aufgrund der Merkmale „sexuelle Orientierung“ und „Geschlechtsidentität“. So hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates einen Entwurf für eine Ergänzung der Rassis- musstrafnorm (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171 Abs. 1c MStG) um diese Merkmale in die Vernehmlassung gegeben. Auf den 1.1.2018 wird die Stiefkindadoption für eingetragene Paare sowie (gleich- und verschiedengeschlechtliche) faktische Lebensgemeinschaften in Kraft treten. Der faktisch kategorische Ausschluss von Männern, die Sex mit Männern haben, vom Blutspenden wurde gelockert. Erste Unterstützung in der politischen Diskussion erhielten auch die erleichterte Einbürgerung für eingetragene Partner_innen von Schweizer_innen sowie die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.

Immer noch verbreitet ist – trotz rechtlichem Verbot im Gleichstellungsgesetz – die Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft. Die Einführung eines Vaterschaftsurlaubs fordert eine Volksinitiative; diese ist erfolgreich zustande gekommen und wird dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden. In der Literatur wird die Tatsache, dass Väter heute keinen Anspruch auf einen solchen Urlaub haben, von einigen Stimmen als Geschlechterdiskriminierung gewertet.

2.5. Gesundheitsförderung und Prävention

Verfassungsrechtlich betrachtet gibt es in der Schweiz über das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) hinaus kein einklagbares Recht auf Leistungen im Bereich der Gesundheitsförderung und der Prävention. Entsprechend ist der Gesundheitsschutz als Sozialziel und nicht als Grundrecht in der Verfassung verankert. Eine gewisse staatliche Verpflichtung zu Gesundheitsförderung und Prävention kann aber aus dem Recht auf Gesundheit abgeleitet werden, wie es in verschiedenen Menschenrechtsübereinkommen, namentlich dem UNO-Pakt I und der KRK, enthalten ist. Der Umfang dieser staatlichen Leistungspflicht zur Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit ist nicht all-gemeingültig festgelegt. Er hängt in besonderem Mass von der (ökonomischen) Leistungsfähigkeit eines Staates ab, und bei der Ausgestaltung kommt den Staaten ein breiter Ermessensspielraum zu. Verankert ist das Menschenrecht auf Gesundheit in Art. 12 UNO-Pakt I, Art. 5 RDK, Art. 12 CEDAW, Art. 24 KRK, Art. 25 BRK und Art. 8 EMRK.

Zu *Diskussionen* im Bereich der Prävention und der Förderung der sexuellen und reproduktiven Gesundheit führten in jüngster Zeit beispielsweise Kampagnen des Bundes zur Prävention von HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen, die heilmittelrechtliche Marktzulassung und die Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung für HIV-Präexpositionsprophylaxe (PrEP) sowie die diskriminierungsfreie Gewährleistung des Zugangs zu Gesundheitsdiensten und Familienplanungsstellen für alle Personen.

2.6. Information, Bildung und Beratung

Aufgrund der Informationsfreiheit steht allen Menschen das Recht zu, allgemein zugängliche Informationen zu Sexualität und Fortpflanzung ohne staatliche Einschränkungen zu beschaffen, zu empfangen und weiter zu verbreiten. Im Rahmen ihres Grundschulbildungsauftrages (vergleiche Art. 62 Abs. 2 BV) vermitteln die Kantone auch Kenntnisse über Sexualität und Fortpflanzung. Beratungs-, Bildungs-, und Informationsleistungen zu SRHR können überdies der Verwirklichung des Rechts auf Gesundheit dienen, wobei der Ermessensspielraum der Staaten in diesem Bereich gross ist (dazu Kap. IV.2.5). Das Recht auf Bildung findet sich insbesondere in Art. 19 BV, Art. 13 UNO-Pakt I, Art. 5 lit. e Ziff. v RDK, Art. 28 und 29 KRK, Art. 10 und Art. 14 Abs. 2 lit. b CEDAW sowie Art. 21 und 24 BRK.

Das *Hauptdiskussionsfeld* der letzten Jahre ist die Ausgestaltung des Sexualkundeunterrichts, der im Rahmen des Grundschulunterrichts erteilt wird. Insbesondere umstritten ist, ob die Unterrichtsinhalte schweizweit vereinheitlicht werden sollen sowie ob der Sexualkundeunterricht stärker eingeschränkt und für freiwillig erklärt werden soll. Wie vorstehend gesehen, sind dazu aus menschenrechtlicher Sicht drei Punkte relevant: erstens das Recht der Schüler_innen, altersgerechte Information über und Bildung zu Sexualität und Fortpflanzung vermittelt zu erhalten; zweitens können

Staaten wertefreien, wissenschaftlich korrekten, altersgerechten und umfassenden Sexualkundeunterricht für obligatorisch erklären; und drittens erhielt die Schweiz Empfehlungen, konkrete Programme zur Sexualerziehung in den Schulcurricula zu verankern.

3. Menschenrechtlich relevante Aspekte der Handlungsfelder

Im Folgenden werden die menschenrechtlich relevanten Aspekte des in Kapitel III der Bestandesaufnahme aufgezeigten Bundesrechts zusammengefasst; dies wiederum entlang den fünf Handlungsfeldern gemäss der EKSG-Definition und ergänzt durch ein Kapitel zu Sexarbeit. Herausgearbeitet werden dabei pro Handlungsfeld die besonders diskutierten Themen der in Kapitel IV.2 dargestellten sechs zentralen Aspekte des Menschenrechtsschutzes (Integritätsschutz und Schutz vor Gewalt und Ausbeutung, Achtung und Schutz von Autonomie und Identität, Schutz der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens, Nichtdiskriminierung, Gesundheitsförderung und Prävention sowie Beratung, Bildung und Information).

3.1. Sexarbeit

Sexarbeit wird auf Bundesebene fast ausschliesslich durch das Straf- und das Epidemienrecht reguliert. Dies ist, wie vorstehend gesehen (Kap. IV.2.2), kritisch zu betrachten, da Sexarbeiter_innen dadurch nicht primär als Grundrechtsträger_innen und autonome Subjekte gesehen werden, sondern auf Opfer von Straftaten und eine HIV/STI-Risikogruppe reduziert werden.

Die bundesstrafrechtliche Regelung der Sexarbeit verfolgt primär das Ziel, die physische und die psychische *Integrität* und die *Autonomie* der Sexarbeitenden zu schützen, sowie als Teilgehalt davon ihren Schutz vor Gewalt und Ausbeutung zu garantieren: Zulässig ist nur die durch Erwachsene selbstbestimmt ausgeübte Sexarbeit. Dieser Schutzzweck werde, so kritische Stimmen, faktisch jedoch unterminiert durch kantonale respektive kommunale Regelungen der Sexarbeit. Mit Blick auf die Autonomie und die Persönlichkeitsrechte der Sexarbeiter_innen werden des Weiteren Arbeitsverträge zwischen Sexarbeiter_innen und Salonbetreiber_innen als problematisch erachtet, da Arbeitsverhältnisse durch ein Weisungsrecht der Arbeitgebenden charakterisiert sind.

Auch spezifische Massnahmen zur *Gesundheitsförderung* und zur *Prävention* für Sexarbeiter_innen verankerte der Gesetzgeber. In der HIV/STI-Prävention sieht das Epidemienrecht verschiedene Massnahmen vor, die sich explizit an das Sexgewerbe richten; dabei handelt es sich jedoch um Massnahmen, welche nicht alle Formen von Sexarbeit erfassen. Um Sexarbeitende vor Straftaten zu schützen, kann der Bund entsprechende Präventionsmassnahmen finanziell unterstützen. Darüber hinaus sind auf Bundesebene rechtlich keine spezifischen Massnahmen zur Gesundheitsförderung oder zur Prävention für Sexarbeiter_innen verankert; die Kantone und Gemeinden können jedoch in ihren Zuständigkeitsbereichen ergänzend tätig werden.

Diskriminierung im Zusammenhang mit Sexarbeit kommt in verschiedenen Formen vor: Insbesondere kann Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt Auslöser dafür sein, dass ein Mensch Sexarbeit ausübt, aber auch als Sexarbeiter_in tätig zu sein oder die Dienste von Sexarbeiter_innen in Anspruch zu nehmen können Auslöser von Diskriminierung sein. Besonders virulent scheint intersektionale Diskriminierung zu sein, also das Zusammenspiel verschiedener diskriminierungsrelevanter Merkmale einer Person, wie beispielsweise das Ausüben von Sexarbeit durch eine mit HIV lebende, Schwarze Transfrau mit geringen Kenntnissen der lokalen Sprache. Das Recht verankert den Schutz vor Diskriminierung aufgrund eines Bezugs zu Sexarbeit (als alleiniges Merkmal oder eines von mehreren) nicht explizit, erlaubt aber wie bei zahlreichen weiteren Merkmalen die Subsumtion unter den offen gefassten grundrechtlichen Diskriminierungsschutz.

3.2. Sexuelle Gesundheit als Teil der psychischen Gesundheit

Zum Handlungsfeld der psychischen Gesundheit werden in der Bestandesaufnahme die rechtlichen Regelungen einerseits von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, -ausdruck und -merkmalen und andererseits von sexueller Dysfunktion beleuchtet. In Literatur und Rechtsprechung wurden Homosexualität und zunehmend auch Transidentität und Intergeschlechtlichkeit bereits vielfach thematisiert und rechtspolitischer Handlungsbedarf aufgezeigt. Doch die gesellschaftliche und in der Folge auch die rechtswissenschaftliche und die gesetzgeberische Auseinandersetzung erfassen erst Teilbereiche des breiten Spektrums von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, -ausdruck und -merkmalen. So zeigte sich in der vorliegenden Bestandsaufnahme, dass beispielsweise Asexualität, Bisexualität, Intergeschlechtlichkeit ausserhalb operativer Eingriffe an Kindern, nicht-binäre Geschlechtsidentitäten oder Elternschaft von Transmenschen noch wenig diskutiert werden. Eine juristische Aufarbeitung (menschen-)rechtlicher Fragen zu sexueller Dysfunktion fehlt bisher noch weitgehend.

In Bezug auf den *Schutz der körperlichen und der psychischen Integrität* sowie den *Schutz vor Gewalt und Ausbeutung* werden namentlich geschlechtszuweisende Operationen ohne somatische Dringlichkeit an intergeschlechtlichen Kindern sowie das Erfordernis körperlicher Angleichungsmassnahmen sowie eine psychopathologische Diagnose als zwingende Voraussetzungen für die Personenstandsänderung von trans und intergeschlechtlichen Menschen kritisiert. In diesem Kontext wird jedoch nicht die Gesetzgebung, sondern die medizinische und rechtliche Praxis kritisiert. Ebenfalls kritisiert wird die Praxis im Bereich des Asylrechts, wenn Gesuchsteller_innen Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung, von Geschlechtsidentität, -ausdruck oder -merkmalen geltend machen.

Die *autonomie*-basierte Ausübung des Rechts auf sexuelle und reproduktive Gesundheit wird insbesondere durch die begrenzte Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung eingeschränkt. Namentlich bei der Behandlung sexueller Dysfunktion erscheinen die gesetzlich begrenzte Leistungspflicht der Grundversicherer sowie im Einzelfall abgelehnte Kostenübernahmen als primäre Herausforderung an das Recht und seine Anwendung. Gleichfalls diskutiert wird der durch Ablehnung von Kostenübernahmen im Einzelfall eingeschränkte Zugang von Transmenschen zu geschlechtsangleichenden Massnahmen.

Der *Schutz der Privatsphäre* und der *Schutz vor Diskriminierung* aufgrund von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, -ausdruck und -merkmal sind miteinander verwoben. So offenbart beispielsweise der Zivilstand „in eingetragener Partnerschaft“ die sexuelle Orientierung, und ein nicht angepasster amtlicher Geschlechtseintrag führt zur, oft ungewollten, Offenlegung der Geschlechtsidentität von Transpersonen respektive der Geschlechtsmerkmale von Interpersonen. Durch diese Offenbarungen wird einerseits in die Privatsphäre der Betroffenen eingegriffen und andererseits können diskriminierungsrelevante Handlungen daran anknüpfen. Im Diskriminierungsschutzrecht namentlich diskutiert werden der im Privatrecht fehlende umfassende Diskriminierungsschutz sowie der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Fortpflanzungsmedizin und der Fremdkindadoption. Zurzeit vom Parlament diskutiert wird eine Änderung des Strafrechts, um einen Schutz vor Diskriminierung im Sinne der Strafnorm der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171 Abs. 1c MStG) auch bei Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zu gewähren.

Im Bereich der *Beratungs-, Bildungs- und Informationsangebote* konnte insbesondere aufgezeigt werden, dass Beratung zu sexueller Dysfunktion nicht Teil des Bundesauftrages der kantonalen Schwangerschaftsberatungsstellen ist, die Kantone dies jedoch zusätzlich vorsehen können. Eine

Einschätzung, ob zu sexueller Dysfunktion ausreichend allgemein zugängliche Beratungsangebote bestehen, bedürfte entsprechend einer Analyse der kantonalen Angebote.

3.3. Reproduktive Gesundheit

Regelungen der reproduktiven Gesundheit betreffen primär die Rechte der (potentiellen) Eltern, wirken sich aber auch auf das (zukünftige) Kind aus. Zusätzlich bewegen sie sich in einem spannungsgeladenen Bereich der Ethik und der medizinischen Entwicklungen. Das Recht sucht zwischen den verschiedenen Interessen und Positionen einen Ausgleich. Grundsätzlich kann eine zunehmende Liberalisierung des Reproduktionsrechts beobachtet werden.

Im Bereich der reproduktiven Gesundheit nimmt das Sterilisationsgesetz die elementarste Normierung des *Schutzes der körperlichen und der psychischen Integrität* vor. Dieses unterwirft den Entscheid über die Aufhebung der eigenen Fortpflanzungsfähigkeit weitgehend der Selbstbestimmung der urteilsfähigen Person. Das Gesetz erlaubt jedoch auch Eingriffe. Hinterfragt werden kann hier vor allem die Zulässigkeit fremdbestimmter Sterilisationen bei dauernd urteilsunfähigen über 16-jährigen Personen. Ebenfalls dem Integritätsschutz dient der weitreichende, insbesondere arbeits- und gesundheitsrechtliche Schutz bei Schwangerschaft. Faktisch hängt die Verwirklichung dieses arbeitsrechtlichen Schutzes jedoch von der individuellen Möglichkeit, die Rechtsansprüche (gerichtlich) einzufordern, ab. Vor Ausbeutung schützen will das zunehmend kontroverser diskutierte Leihmutterverbot. Umgekehrt wird dadurch der selbstbestimmte Entscheid, ein Kind als Leihmutter auszutragen oder die Dienste einer Leihmutter in Anspruch zu nehmen, illegalisiert beziehungsweise die Anerkennung des juristischen Elternverhältnisses verunmöglicht.

Einen Kompromiss zwischen der *Autonomie* und der Gesundheit der schwangeren Person einerseits sowie dem Schutz des Ungeborenen andererseits suchte die – in jahrzehntelangen politischen Diskussionen gereifte und weiterhin nicht unumstrittene – strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs („Fristenregelung“): In den ersten zwölf Wochen entscheidet die schwangere Person selbstbestimmt über Abbruch oder Fortführung der Schwangerschaft, danach genießt das Ungeborene einen zunehmenden Schutz. Aktuelle Diskussionsfelder in einem verwandten Bereich bilden auch die Regelungen der Präimplantationsdiagnostik sowie der pränatalen genetischen Untersuchungen. Insbesondere bei letzteren Untersuchungen dienen formalisierte Beratungs- und Zustimmungsvorschriften, das jederzeitige Widerrufsrecht der Einwilligung, das (weitgehende) Recht auf Nichtwissen und die Entscheidungshoheit über die Bekanntgabe des Untersuchungsergebnisses an weitere Personen der Wahrung der Autonomie der schwangeren Person.

Die reproduktive Autonomie einer Person wird rechtstatsächlich überdies beeinflusst durch die (nicht) gewährte Kostenübernahme für Gesundheitsdienstleistungen. So ermöglicht beispielsweise die Leistungspflicht für Entbindungen zu Hause, im Spital oder in einem Geburtshaus eine selbstbestimmte Geburt und auch die Kostenübernahme für einen Schwangerschaftsabbruch fördert die reproduktive Autonomie. Umgekehrt schränkt die fehlende Leistungspflicht der Grundversicherung für Kontrazeptiva, Notfallkontrazeption oder Sterilisation ohne Vorliegen einer Gesundheitsgefährdung die reproduktive Autonomie ein. Diese Einschränkungen bilden immer wieder Gegenstand gesundheitspolitischer Diskussionen.

Den *Schutz der Privatsphäre* tangieren vorab die gesetzlichen Regelungen der Abstammungskennntnis und der Elternschaft. Auch diese werden zunehmend kontrovers diskutiert. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wurde durch die Bundesgerichtspraxis und Gesetzesrevisionen laufend verstärkt; das Recht von Adoptivkindern auf Kenntnis ihrer Abstammung soll durch die

am 1.1.2018 in Kraft tretende Revision noch weiter gestärkt werden. Zu Veränderungen von Recht oder Rechtsanwendung führen könnten auch die aktuellen Diskussionen um die Handhabung von anonymen oder vertraulichen Geburten und die Nutzung von Babyklappen. In Bezug auf den Schutz der Privatsphäre kann aus menschenrechtlicher Sicht am gesetzten Recht, wie bereits in Kap. IV.2.3 erwähnt, besonders das fehlende Klagerecht des juristisch nicht anerkannten, (mutmasslich) genetischen Vaters auf Klärung der Vaterschaft bemängelt werden.

Direkt dem *Schutz vor Diskriminierung* dient insbesondere das bereits erwähnte Verbot der Schwangerschaftsdiskriminierung im Erwerbsleben. Von einigen als diskriminierend, von anderen als gerechtfertigt bewertet werden namentlich Ausschlüsse verschiedener Elternkonstellationen von der Fortpflanzungsmedizin, das Verbot der Eizellenspende oder die Beschränkung der Fremdsamenspende auf verheiratete Paare. Mittlerweile von einer Mehrheit als diskriminierend erachtet wird der Ausschluss zusammenlebender und eingetragener Paare von der Stiefkindadoption. Mit der am 1.1.2018 in Kraft tretenden Revision des Adoptionsrechts wird diese rechtliche Ungleichbehandlung beseitigt. Im Lichte des Diskriminierungsverbotes gelesen werden können auch die Unzulässigkeit der Geschlechtsbestimmung mittels Präimplantationsdiagnostik oder die gesetzlich vorgesehene Information von Schwangeren, bei deren Ungeborenem eine schwerwiegende unheilbare Störung festgestellt wurde, über Unterstützungsangebote für Eltern mit behinderten Kindern. Dabei zu bedenken ist jedoch, dass Ungeborene nicht Grundrechtsträger_innen und damit nicht direkt vor Diskriminierung geschützt sind.

Der *Beratung* wird in Bezug auf Schwangerschaft besondere Bedeutung zugemessen. Nach Bundesrecht sind die Kantone verpflichtet, unentgeltliche Schwangerschaftsberatung und Hilfe anzubieten. Dabei handelt es sich um Beratungsangebote, deren Finanzierung und Mindestinhalte diskutiert wurden und werden.

3.4. HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen

Die rechtlichen Regelungen zu HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen fokussieren auf die Prävention von Übertragungen und finden sich primär im Epidemienrecht, begleitet von Krankenversicherungsrechtlichen Regelungen. Auf der Ebene der Individuen verfolgt die Übertragungsprävention den *Schutz der Integrität*.

Das Epidemiengesetz definiert den rechtlichen Rahmen der *Gesundheitsförderung und der Prävention* von HIV und anderen sexuell übertragbaren Krankheiten, das Nationale Programm HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen (NPHS) konkretisiert die Umsetzung. Festgelegt werden darin freiwillige und zwingende, allgemeine und gruppenspezifische Präventionsmassnahmen. Die gruppenspezifischen Massnahmen nach Epidemiengesetz erfassen die Bereiche Sexarbeit, Freiheitsentzug, Kollektivunterkünfte für Asylsuchende sowie Veranstalter und Betriebe, deren Aktivitäten mit einem erhöhten Übertragungsrisiko einhergehen. Veränderungen sowohl der Präventionsarbeit als auch ihrer rechtlichen Grundlagen löst namentlich der medizinische Fortschritt aus. Insbesondere durch die neuen Arzneimittel und den damit ermöglichten Wandel von HIV als tödliche Krankheit zu einer chronischen Infektion veränderte sich die HIV-Arbeit grundlegend; aber auch die gesetzlichen Regelungen und die durch das NPHS abgedeckten Themenfelder sind immer wieder auszuhandeln und den tatsächlichen Veränderungen anzupassen.

Arzneimittel, die präventiv gegen eine HIV-Infektion eingesetzt werden, sind in der Schweiz zugelassen und können in Kleinmengen eingeführt werden. Von der Grundversicherung wird diese Prä-expositionsprophylaxe (PrEP) jedoch nicht vergütet; dieser Leistungsausschluss ist umstritten.

Teil der Präventionsmassnahmen nach Gesetz und NPHS bilden Massnahmen zur *Beratung, Bildung und Information*. Einen expliziten Informationsauftrag erteilt des Epidemienrecht wiederum bezüglich der oben genannten Gruppen respektive Bereiche (Sexarbeit, Freiheitsentzug, Kollektivunterkünfte für Asylsuchende sowie Veranstalter und Betriebe, deren Aktivitäten mit einem erhöhten Übertragungsrisiko einhergehen). Ergänzend zum Epidemienrecht und seiner Konkretisierung im NPHS übernehmen die Schulen im Rahmen ihres allgemeinen Auftrages einen Teil der Bildungs- und Informationsarbeit zu HIV und anderen sexuell übertragbaren Infektionen.

Von besonderer Bedeutung für das Recht auf *Autonomie* mit Bezug auf HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen sind das Recht auf Nichtwissen, auch eines positiven HIV-Testergebnisses, sowie die grundsätzliche Unzulässigkeit eines HIV-Tests ohne Einwilligung der zu testenden Person. Ein solcher Test kann nur in engen, gesetzlich definierten Grenzen zulässig sein. Dass ein HIV-Test die informierte Einwilligung der betroffenen Person voraussetzt, erscheint heute jedoch weniger strittig als vor ein paar Jahren.

Als besonders sensible Aspekte der *Privatsphäre* sind Informationen über die Infektion einer Person mit HIV, aber auch mit anderen sexuell übertragbaren Krankheiten, besonders zu schützen. Diesem Schutz dient unter anderem die Pflicht von Ärzt_innen, Spitälern, anderen Institutionen des Gesundheitswesens und Labors, bei der Meldung von Beobachtungen und laboranalytischen Befunden zu übertragbaren Krankheiten die Angaben zur Person zu verschlüsseln. Teilweise eingeschränkt wird der Schutz der Privatsphäre hingegen dadurch, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten für anonymisiert durchgeführte HIV-Tests nicht übernimmt. Folglich reicht der Schutz der Privatsphäre, und das erscheint diskussionswürdig, weiter für Personen, welche die Mittel für einen HIV-Test aufbringen können als für Personen, die nicht über diese finanziellen Mittel verfügen.

Gleich wie für andere Persönlichkeitsmerkmale, schützt die Verfassung auch vor *Diskriminierung* aufgrund einer HIV- oder einer anderen STI-Infektion. Das Privatrecht hingegen kennt in keinem Lebensbereich einen expliziten Diskriminierungsschutz aufgrund einer HIV- oder einer anderen STI-Infektion. Einen impliziten Schutz gewährt beispielsweise das Arbeitsrecht nach Art. 336 OR gegen eine missbräuchliche Kündigung aufgrund einer HIV-Infektion, die sich nicht auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt. Als diskriminierend kritisiert wurde der Ausschluss von Männern, die Sex mit Männern haben, vom Blutspenden. Dabei handelte es sich jedoch nicht um einen gesetzlich verankerten Ausschluss, sondern um eine Regelung des Blutspendewesen durchführenden Schweizerischen Roten Kreuzes. Die durch die Kritik angestossene Diskussion führte zu einer Anpassung der Spende Kriterien in dem Sinne, dass das individuelle Risiko nun auch von Männern, die Sex mit Männern haben, differenzierter eingeschätzt wird.

3.5. Sexuelle Gewalt

Der Schutz vor sexueller Gewalt erfolgt in der Schweiz vornehmlich mit den Mitteln des kantonalen Polizei- und des Strafrechts. Ziel ist dabei der Schutz der Integrität und der Autonomie vor gewalttätigen und ausbeuterischen Handlungen. Während dieses Ziel nicht umstritten ist, kann ein kritischer Trend ausgemacht werden, im Bereich der Sexualdelikte besonders restriktive, mit menschenrechtlichen Grundprinzipien nur schwer vereinbare Sanktionen zu ermöglichen (so insbesondere die Volksinitiativen, die zur Aufnahme der Art. 123a–c in die Bundesverfassung führten).

Den Schutz der Integrität sowie den *Schutz vor Gewalt und Ausbeutung* bezwecken verschiedene Straftatbestände, insbesondere, aber nicht nur, diejenigen im 5. Titel des Strafgesetzbuches

(„Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität“). Dabei werden Minderjährige und Menschen in einem Abhängigkeitsverhältnis besonders geschützt. Ausserhalb dieses 5. Titels, als strafbare Handlung gegen Leib und Leben, pönalisiert wird die Verstümmelung weiblicher Genitalien – eine Norm, der vorwiegend Signalwirkung zukommt, ist die Strafbarkeit doch bereits durch die Körperverletzungs-Tatbestände gegeben. Dass die Verstümmelung nicht-weiblicher Genitalien, und damit die Genitalien intergeschlechtlicher Menschen und die Knabenbeschneidung, nicht unter diesen Tatbestand fallen, wurde und wird immer wieder diskutiert. Die nicht explizite Nennung insbesondere intergeschlechtlicher Genitalien schliesst die Strafbarkeit als Körperverletzung nicht aus, eine analoge Signalwirkung könnte in diesem Bereich aber Klärung für die Medizin bringen und zu einer Stärkung der Menschenrechte von intergeschlechtlichen Personen beitragen.

Die Straftatbestände zur Kriminalisierung von sexuellen Gewalthandlungen bezwecken auch den Schutz der *Autonomie* möglicher Opfer. Gleichzeitig erlaubt aber beispielsweise das Strafprozessrecht unter bestimmten Voraussetzungen körperliche Untersuchungen entgegen dem erklärten Willen des Opfers weiblicher Genitalverstümmelung, eine offensichtliche Einschränkung seiner Selbstbestimmung. In der Rechtsanwendung kann die Autonomie von Opfern insbesondere durch das Zusammenspiel von strafrechtlichem Verfahren und dem Erhalt eines ausländerrechtlichen Aufenthaltsrechts eingeschränkt sein: So kann beispielsweise die Angst, nach der Auflösung der Ehe das Land verlassen zu müssen, eine zwangsverheiratete Person von der Anzeigeerstattung abhalten. Oder auch die Gefahr der Ausweisung eines gewalttätigen Ehemannes und Vaters, und damit des Abbruchs der Vater-Kind-Beziehung, kann eine Mutter daran hindern, sich bei häuslicher Gewalt staatliche Hilfe zu holen.

Die Verbotsnormen werden in einigen Themenbereichen begleitet von *Sensibilisierungs-, Bildungs-, Beratungs- und Informationsmassnahmen*. Diese Massnahmen können sich an potentielle und tatsächliche Opfer, an Täter_innen, an deren Umfeld, aber auch an die Strafbehörden richten. Solche Massnahmen existieren beispielsweise zu weiblicher Genitalverstümmelung und zu Zwangsheirat. Besondere Aufmerksamkeit wird den Massnahmen zu schenken sein, die als Folge der bevorstehenden Ratifizierung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) zu erarbeiten sind.

3.6. Bildung zur sexuellen Gesundheit

Der Bildung als Teilaspekt der sexuellen und reproduktiven Gesundheit schenkt das Schweizer Recht erst relativ wenig Aufmerksamkeit. Vorgaben dazu sind nicht explizit im Bundesrecht verankert, ein elementarer Rahmen kann aber aus verfassungsmässigen Ansprüchen abgeleitet werden. Dazu gehören der Auftrag der Schule, die Schüler_innen auf ein selbstverantwortliches Leben im Alltag vorzubereiten, worunter auch die Vermittlung von Wissen über sexuelle und reproduktive Gesundheit fällt, und der grundsätzlich gleiche Anspruch darauf von Kindern, die als behindert gelten. Bei Kindern, und in besonderem Mass bei Kindern mit Behinderung, dient sexuelle Bildung auch ihrem Schutz vor sexueller Ausbeutung. Aufgrund der kantonalen Schulhoheit kann der Bund den Sexualkundeunterricht nicht einheitlich regeln. Eine Vereinheitlichung der Inhalte des Sexualkundeunterrichts über alle Kantone obliegt diesen selbst und bildet seit einigen Jahren Gegenstand von Diskussionen.

LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS

Literatur

- AFFOLTER, KURT: Kinderschutz zwischen Elternhaus und Schule, in: Zeitschrift für Vormundschafswesen 2000, S. 175–190.
- Aids-Hilfe Schweiz (AHS)/Bundesamt für Gesundheit (BAG) (Hrsg.): Nach dem Test ist vor dem Test, Swiss Aids News 2/2014.
- AMSTUTZ, KATHRIN: Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bedeutung und inhaltliche Ausgestaltung des Art. 12 der neuen Bundesverfassung, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Heft 664, Dissertation 2001, Bern 2002.
- ANNER, MICHEL: Das Prinzip der Natürlichkeit? Untersucht am Beispiel von Fortpflanzungsmedizin und Human Enhancement, in: Zaugg, Helena/Schläpfer, Lea (Hrsg.): Recht und Gesundheit, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 70, Zürich 2013.
- BÄR, ERICH: Integritätsschaden bei Verlust der Geschlechtsorgane oder der Fortpflanzungsfähigkeit, in: Medizinische Mitteilungen 2003, Nr. 74, S. 67–69.
- Basler Kommentar: NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (Hrsg.): Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK StGB II, AUTOR_IN, Art. 1 N 1).
- Basler Kommentar: WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.): Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: BSK BV, AUTOR_IN, Art. 1 N 1).
- BAUR, FRANÇOIS E./RECHER, ALECS: Historische Entwicklung, in: Ziegler, Andreas/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.
- BELSER, EVA MARIA: Partie II – Droit des personnes/Teil II – Personenrecht / Die Aufregung um die Beschneidung von Knaben – Und warum dafür wenig Anlass besteht, in: Rumo-Jungo, Alexandra et al. (Hrsg.): Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013.
- BERTSCHI, MARTIN: Migrationsrecht, in: Ziegler, Andreas/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.
- BRAUER, SUSANNE et al.: Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft, TA-Swiss Bd. 63, Zürich 2016.
- BRUN, MARCEL: Cyberbullying – aus strafrechtlicher Sicht, in: recht 2/2016, S. 100–111.
- BÜCHLER, ANDREA: Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, in: AJP 2004, S. 1175–1185 (zit.: BÜCHLER, Eltern).

- BÜCHLER, ANDREA: Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Rechtsgutachten verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, abrufbar unter <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Fortpflanzungsmedizin > Stellungnahmen und Gutachten (besucht: 17.7.2017), (zit.: BÜCHLER, Eizellenspende).
- BÜCHLER, ANDREA/MICHEL, MARGOT: Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2014.
- CAPREZ, CHRISTINA/RECHER, ALECS: Rechte für Kinder, die das Recht nicht vorgesehen hat, in: Bannwart, Bettina et al. (Hrsg.): Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zürich/St.Gallen 2013.
- COPUR, EYLEM/NAGUIB, TAREK: Bildung, in: Naguib, Tarek et al. (Hrsg.): Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- COTTIER, MICHELLE/WYTTENBACH, JUDITH: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, in: FamPra.ch 1/2016, S. 75–110.
- DE PIETRO, JOSEFIN et al.: Prävention, Versorgung, Schutz und Intervention im Bereich der weiblichen Genitalbeschneidung (FGM/C) in der Schweiz, Empfehlungen und Best Practices, Bern 2014.
- DE WECK, FANNY/HAUSAMMANN, CHRISTINA: Genitalverstümmelung von Frauen und Mädchen in der Schweiz, Überblick über rechtliche Bestimmungen, Kompetenzen und Behörden, Bern 2014.
- DONATSCH, ANDREAS (Hrsg.): StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., Zürich 2010.
- ECKHARDT, ANNE et al.: Personalisierte Medizin, TA-Swiss Bd. 61, Zürich 2014.
- Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG): Sexuelle Gesundheit – eine Definition für die Schweiz, Bern 2015.
- EMRK Internationaler Kommentar, PABEL, KATHARINA/SCHMAHL, STEFANIE (Hrsg.): Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, mit einschlägigen Texten und Dokumenten, Loseblatt-Ausgabe 18. Lieferung, Köln 2015 (zit.: EMRK Internationaler Kommentar, BEARBEITER_IN, Art. 1 N 1).
- EMRK Kommentar, KARPENSTEIN, ULRICH/MAYER, FRANZ: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Aufl., München 2015 (zit.: EMRK Kommentar, BEARBEITER_IN, Art. 1 N 1).
- FamKommentar: BÜCHLER, ANDREA (Hrsg.): Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007 (zit.: FamKomm Eingetragene Partnerschaft, AUTOR_IN, Art. 1 N 1).
- GÄCHTER, THOMAS/RÜTSCHKE, BERNHARD: Gesundheitsrecht, ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2013.
- GARITA, ALEXANDRA/GIRARD, FRANÇOISE: Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the UN, A Long and Winding Road, in: Senn, Gita/Durano, Marina (Hrsg.): The Remaking of Social Contracts: Feminists in a Fierce New World, London 2014.

- GEISER, THOMAS: Verbot von Zwangsheiraten: Schutz durch privatrechtliche Sonderregeln? Vom Umgang des Rechts mit Ehen aus anderen Kulturen, in: Hausammann, Christina/Kälin, Walter (Hrsg.): Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext: Bevormundung oder Emanzipation?, Bern(e) 2014.
- GHATTAS, DAN CHRISTIAN: Menschenrechte zwischen den Geschlechtern, Vorstudie zur Lebenssituation von Inter*Personen, Schriften zur Demokratie Bd. 34, 2. Fassung, Berlin 2013.
- GROHSMANN, IRENE: Vaterschaftsurlaub, what else? Zum Schweizerischen Reformbedarf im Lichte der Markin Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: sui generis, 30.8.2014 (zit.: GROHSMANN, Vaterschaftsurlaub).
- GROHSMANN, IRENE: Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, Bern 2015, abrufbar unter <www.skmr.ch> Themenbereiche > Geschlechterpolitik > Publikationen > Studie „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“ (besucht: 11.11.2016), (zit.: GROHSMANN, Diskriminierung).
- HADŽIMANOVIĆ, NATAŠA: Zwang versus Freiheit: vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, in: FamPra.ch 1/2016, S. 50–74.
- HANGARTNER, YVO: Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, Aktuelle Juristische Praxis 2001, S. 252–263 (zit.: HANGARTNER, registrierte Partnerschaft).
- HANGARTNER, YVO: Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000 (zit.: HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch).
- HAUSAMMANN, CHRISTINA/SCHNEGG, BRIGITTE: Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich der Geschlechterpolitik, Bern(e) 2013, abrufbar unter <www.skmr.ch> Themenbereiche > Geschlechterpolitik > Publikationen > Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz (besucht: 09.11.2016).
- HEINZL, KATHRIN: Prostitution im Schweizer Strafrecht, Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern, ZStr – Zürcher Studien zum Strafrecht Bd./Nr. 86, Dissertation 2015, Zürich 2016.
- HILTBRUNNER, NATHALIE/EGBUNA-JOSS, ANDREA: Die Knabenbeschneidung aus juristischer Sicht, Grundlagenpapier des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (Themenbereich Institutionelle Fragen), Freiburg i.Ü. 2013.
- HOTZ, SANDRA: Reproduktive Selbstbestimmung und Informed Consent im Zeitalter von pränatalen Gentests, in: recht 1/2013, S. 1–14.
- HRUSCHKA, CONSTANTIN/PORTMANN, CHRISTOF: LGBTI-Personen im Asylverfahren, in: Achermann, Alberto/Hruschka, Constantin (Hrsg.): Geschlechtsspezifische Verfolgung, Die schweizerische Praxis vor dem Hintergrund der europäischen und globalen Entwicklungen, Schriftenreihe SKMR, Bern 2012.
- HÜRLIMANN, BRIGITTE: Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Bd. 226, Dissertation Freiburg 2003, Zürich 2004.
- International Council on Human Rights Policy (ICHRP): Sexuality and Human Rights, Genf 2009.

- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA) (Hrsg.), CARROLL, AENGUS: State-sponsored Homophobia, A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition, 11th Edition, Genf 2016.
- International Planned Parenthood Federation (IPPF): Sexuelle Rechte: Eine IPPF-Erklärung, London 2009 (Originalversion 2008). Deutsche Version abrufbar unter <<http://www.ippf.org/>> Resources > Publication 25.5.2011 Sexual Rights: An IPPF declaration> German (besucht: 11.11.2016).
- International Women's Health Coalition (IWHC): Briefing Cards: Sexual and Reproductive Health and Rights (srhr) and the Post-2015 Development Agenda, abrufbar unter <<http://www.universalaccessproject.org>> The Issue > Resources > 2015 SRHR Briefing Cards- UAP / UNF (besucht: 11.11.2016).
- JACOBS, FRANCIS G./WHITE, ROBIN C.A./OVEY, CLARE: The European Convention on Human Rights, 5. Aufl., Oxford 2010.
- KÄLIN, WALTER et al.: Völkerrecht, 4. Aufl., Bern 2016.
- KARSAY, DODO: Welcome to stay, Building trans communities inclusive of trans asylum seekers and refugees in Europe, 2016, abrufbar unter <http://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/10/TGEU_TransAsylumBrochure_WEB.pdf> (besucht: 26.10.2016).
- KAUFMANN, CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN, SABINE (Hrsg.): Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Schriftenreihe Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, 2. Aufl., Basel 2009.
- KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER: Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und -direktoren (SODK) (Hrsg.): Empfehlungen der Schweizerischen Verbindungsstellen-Konferenz Opferhilfegesetz (SVK-OHG) zur Anwendung des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG), 21.01.2010 (zit.:BJ, Opferhilfe)
- KUHN, MATHIAS: Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches, Dissertation Bern, Zürich/St.Gallen 2008.
- KÜNZLI, JÖRG/ACHERMANN, ALBERTO: Übersetzen im Gesundheitsbereich, Ansprüche und Kostentragung, Jusletter 6.4.2009.
- LANDOLT, HARDY: Das behinderte Kind im Schul- und Ausbildungsrecht, in: Sprecher, Franziska/Sutter, Patrick (Hrsg.): Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2006.
- MACHACEK, RUDOLF/GROF, ALFRED: Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit, Art. 4 EMRK und Art. 7 StGG, in: Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald P./Stadler, Gerhard (Hrsg.): 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Grund- und Menschenrechte in Österreich, Band III, Wesen und Werte, Kehl am Rhein/Strassburg/Arlington 1997.
- MÄDER, GWENDOLIN/DE PIETRO, JOSEFIN/ AMACKER, MICHÈLE: Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Teilstudie 5: Geschlecht/LGBTI/Behinderung, Bern 2015, abrufbar unter <www.skmr.ch> Themenbereiche > Geschlechterpolitik > Publikationen > Studie „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“ (besucht:11.11.2016).

- MAHLMANN, MATTHIAS: Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, in: AJP 2013, S. 1307–1320.
- MANFREDI, OLGA/ZIMMERMANN, HELEN: Frauen mit Behinderung in Bildung und Arbeit – einen Steinwurf von der Gleichstellung entfernt? Eine Studie über die aktuelle Situation in der Deutschschweiz, Luzern 2016.
- MEIER, YVONNE: Zwangsheirat – Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, Schriftenreihe zum Familienrecht Bd. 16, Dissertation Zürich, Bern 2010.
- MEIER-GUBSER, STEFANIE: Schwangere, Wöchnerinnen und Stillende im Arbeitsrecht, TREX – Der Treuhandexperte 3/2016, S. 148–152.
- MONA, MARTINO: Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (VWG), in: Hausammann, Christina/Kälin, Walter (Hrsg.): Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext: Bevormundung oder Emanzipation?, Bern(e) 2014.
- MONTINI, MICHEL: Die eingetragene Partnerschaft: Abschluss, Auflösung und allgemeine Wirkungen, in: Ziegler, Andreas/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.
- MÜLLER, JÖRG PAUL/SCHEFER, MARKUS: Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.
- MÜLLER, MARKUS: Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung: Das Epidemienengesetz und die persönliche Freiheit, Neue Literatur zum Recht, Dissertation Bern 1991, Basel/Frankfurt a.M. 1992.
- NAGUIB, TAREK et al.: Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin: Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Ethische Fragen zur „Intersexualität“, Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012 (zit.: NEK, Intersexualität).
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin: Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013, Bern 2013 (zit.: NEK, Fortpflanzung).
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin: Ethische Überlegungen zur Abtreibungsfinanzierung, Stellungnahme Nr. 21/2013, Bern 2013 (zit.: NEK, Abtreibungsfinanzierung).
- NYDEGGER, MICHA: „Sexting“ bei Jugendlichen – eine strafrechtliche Analyse, in: recht 1/2015, S. 40–54.
- OHG-Kommentar: GOMM, PETER/ZEHNTNER, DOMINIK (Hrsg.): Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, 3. Aufl., Bern 2009 (zit.: OHG-Kommentar, AUTOR_IN, Art. 1 N 1).
- PERRENOUD, STÉPHANIE: La protection de la maternité, étude de droit suisse, international et européen, Dissertation Lausanne 2014, Bern 2015.
- Queeramnesty Schweiz: Informationsbroschüre, Fluchtgrund: Sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität, Zürich 2014.

- RECHER, ALECS: Das Familienbild des Schweizer Rechts: (noch) keine Reality-Show, in: Maidana-Eletti, Mariela/Toepke, Carly (Hrsg.): Recht und Gesellschaft, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 86, Zürich 2014 (zit.: RECHER, Familienbild).
- RECHER, ALECS: Rechte von Transmenschen, in: Ziegler, Andreas/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 (zit.: RECHER, Transmenschen).
- RECHER, ALECS/SPRECHER, FRANZISKA: Inter*: Zwischen stigmatisierender Pathologisierung und individuellem Unterstützungsbedarf, Ist Intergeschlechtlichkeit eine seltene Krankheit und profitieren Inter- Personen und ihr Umfeld vom Nationalen Konzept Seltene Krankheiten?, in: Pflegerecht 1/2017, S. 45–50.
- RÜTSCHKE, BERNHARD: Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habilitation 2008, Zürich 2009.
- SAUL, BEN/KINLEY, DAVID/MOWBRAY, JACQUELINE: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Commentary, Cases, and Materials, 3. Aufl., Oxford 2014.
- SCHWANDER, MARIANNE: Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse – neue Instrumente, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2003, Heft 121, S. 195–215 (SCHWANDER, Interventionsprojekte).
- SCHWANDER, MARIANNE: Knabenbeschneidung, Eine Erörterung aus rechtlicher Sicht, Bern 2014, abrufbar unter <<http://www.pro-kinderrechte.ch/>> Recht > Downloads (zit.: SCHWANDER, Knabenbeschneidung).
- Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK): Grundkompetenzen für die Naturwissenschaften, Nationale Bildungsstandards, Freigegeben von der EDK-Plenarversammlung am 16.6.2011.
- Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe SKOS (Hrsg.): Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, Version 2016 (zit.: SKOS, Richtlinien 2016).
- SPÄTH, ANNA et al.: Schweizerischer Verhütungsbericht (Obsan Dossier 59), Neuchâtel, 2017.
- SPESCHA, MARC: Zwischen Hoffen und Bangen: Ehen und Familien in grenzüberschreitenden Spannungsverhältnissen, in: Rumo-Jungo, Alexandra/Fountoulakis, Christiana (Hrsg.): Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Familien- und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013, Symposium zum Familienrecht, 2013, S. 85–114 (zit.: SPESCHA, grenzüberschreitende Spannungsverhältnisse).
- SPESCHA, MARC: Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab August 2014 bis Ende September 2015, in: FamPra.ch 1/2016, S. 171–195 (zit.: SPESCHA, familienbezogene Rechtsprechung).
- St.Galler Kommentar: EHRENZELLER, BERNHARD et al. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit.: SGK BV, AUTOR_IN, Art. 1 N 1).
- STRATENWERTH, GÜNTHER/WOHLERS, WOLFGANG: Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013.

- STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN/RUDOLPH, ROGER: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- STUDER, MELANIE/COPUR, EYLEM: Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, in: Naguib, Tarek et al. (Hrsg.): Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- TERRE DES FEMMES SCHWEIZ : Positionspapier „kosmetische Operationen im Genitalbereich“, Bern 2012.
- THEILEN, JENS T.: Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law, Human Rights Law Review 2014, Nr. 14, S. 327–342.
- THOMMEN, MARC: Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft C: Strafrecht Bd. 15, Dissertation, Basel 2004.
- Transgender Network Switzerland: Alternative Report CEDAW on the Situation of Trans People in Switzerland, 13.2.2016, abrufbar unter <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CEDAWIndex.aspx>> Switzerland > CEDAW Reporting Cycle IV-V (besucht: 25.10.2016).
- TSCHUOR-NAYDOWSKI, MICHAELA: Der Spätabbruch in der Schweiz, Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, ZStStr – Zürcher Studien zum Strafrecht Bd./Nr. 77, Dissertation, Zürich 2014.
- VAUCHER, ALFRED/ZOLLIKOFER, JÜRIG (Hrsg.): Que paie l'assurance-maladie? Manuel des médecins-conseils suisses, Editions médicales suisses (EMH), Bâle 2004.
- WALDMANN, BERNHARD: Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Habilitationsschrift Freiburg i.Ü., Bern 2003.
- WERLEN, MIRJAM: Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht. Neue Folge H. 806, Dissertation Bern 2014.
- WICHTERICH, CHRISTA: Sexuelle und reproduktive Rechte, Berlin 2015.
- WIESNER-BERG, STEPHANIE: Anonyme Kindesabgabe in Deutschland und der Schweiz, Rechtsvergleichende Untersuchung von „Babyklappe“, „anonymer Geburt“ und „anonymer Übergabe“, Studien zum Strafrecht Bd. 30, Dissertation Zürich 2008, Baden-Baden 2009.
- WOHLERS, WOLFGANG: Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht, in: FamPra.ch 4/2007, S. 752–769.
- WUNDER, DOROTHEA: Gutachten „Höchstalter der Frau für Fortpflanzungsverfahren“, 2014, abrufbar unter <www.bag.admin.ch> Themen > Mensch & Gesundheit > Biomedizin & Forschung > Fortpflanzungsmedizin > Stellungnahmen und Gutachten (besucht: 17.7.2017).
- WYTTENBACH, JUDITH/GROHSMANN, IRENE: Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, in: AJP 2014, S. 149–165.
- Yogyakarta-Prinzipien: MUNTARBHORN, VITIT/ONUFRER CORRÊA, SONIA et al.: The Yogyakarta Principles, Principles on the application of international human rights law in relation to sexual

orientation and gender identity, 2007. Deutsche Übersetzung: Die Yogyakarta-Prinzipien, Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung Bd. 1, Berlin 2008.

ZAUGG, HELENA: Knabenbeschneidung gesetzlich regeln?, in: Mannhart, Anja/Bürgi, Silja (Hrsg.): Zukunft und Recht, Junge Rechtswissenschaft Luzern, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 60, Zürich 2012.

ZIEGLER, ANDREAS/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.

Materialien und andere Dokumente

Vereinte Nationen (UN)

- Committee against Torture: Concluding Observations Finland, CAT/C/FIN/CO/5-6, 29.06.2011 (zit.: UN CAT, CAT/C/FIN/CO/5-6).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations Poland, E/C.12/1/Add.26, 16.6.1998 (zit.: UN CESCR, E/C.12/1/Add.26).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding observations Switzerland, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26.11.2010 (zit.: UN CESCR, E/C.12/CHE/CO/2-3).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations Paraguay, E/C.12/PRY/CO/3, 4.1.2008 (zit.: UN CESCR, E/C.12/PRY/CO/3).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2000/4, 11.8.2000 (zit.: UN CESCR, GC 14).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 22 (2016) 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, Advance Unedited Version, 4.3.2016 (zit.: UN CESCR, GC 22).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Report, A/58/38(SUPP), 2003 (zit.: UN CEDAW, A/58/38(SUPP)).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Concluding observations Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/3, 7.8.2009 (zit.: UN CEDAW, CEDAW/C/CHE/CO/3).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Concluding observations Switzerland, CEDAW/C/CHE/CO/4–5, 25.11.2016 (zit.: UN CEDAW, CEDAW/C/CHE/CO/4–5).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Concluding Observations Hungary, CEDAW/C/HUN/CO/7-8, 26.3.2013 (zit.: UN CEDAW, CEDAW/C/HUN/CO/7-8).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Concluding Observations Kyrgyzstan, CEDAW/C/KGZ/CO/3, 14.11.2008 (zit.: UN CEDAW, CEDAW/C/KGZ/CO/3).
- Committee on the Rights of the Child: Concluding observations Switzerland, CRC/C/15/Add.182, 13.6.2002 (zit.: UN CRC, CRC/C/15/Add.182).
- Committee on the Rights of the Child: Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26.2.2015 (zit.: UN CRC, CRC/C/CHE/CO/2-4).
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities: General comment No. 3 (2016) on Women and girls with disabilities (article 6), CRPD/C/GC/3, Advance unedited version, 2.9.2016 (zit.: UN CRPD, GC 3).
- Economic and Social Council: Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16.2.2004 (zit.: UN ECOSOC, E/CN.4/2004/49).

- General Assembly: Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, (main focus: right to health and informed consent), A/64/272, 10.8.2009 (zit.: UN GA, A/64/272).
- General Assembly: Interim report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, (main focus: criminalisation of sexual and reproductive health), A/66/254, 3.8.2011 (zit.: UN GA, A/66/254).
- General Assembly: Resolution adopted by the General Assembly on 1 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/69/L.85)] 69/315. Draft outcome document of the United Nations summit for the adoption of the post-2015 development agenda, A/RES/69/315, 15.9.2015 (zit.: UN GA, A/RES/69/315).
- Für die deutsche Übersetzung siehe <<http://www.un.org/depts/german/gv-69/band3/ar69315.pdf>> (besucht: 11.11.2016).
- High Commissioner for Refugees: Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/12/09, 23.10.2012 (zit.: UNHCR Guidelines, HCR/GIP/12/09).
- Human Rights Council: 22nd Session, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland (Addendum: Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review), A/HRC/22/11/Add.1, 5.3.2013 (zit.: UN HRC, A/HRC/22/11/Add.1).
- Die Liste aller UPR-Empfehlungen aus dem 2. Zyklus an die Schweiz des EDA ist in deutscher Sprache abrufbar unter <<https://www.eda.admin.ch>> Aussenpolitik > Internationale Organisationen > Vereinte Nationen > Die UNO und die Menschenrechte > Allgemeine regelmässige Überprüfung des Menschenrechtsrats > Weiterführende Informationen, Dokumente > Liste der Empfehlungen (pdf) (besucht: 15.11.2016) (zit.: UN HRC, A/HRC/22/11/Add.1, Deutsch).
- Human Rights Council: 22nd Session, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1.2.2013 (zit.: UN HRC, A/HRC/22/53).
- Human Rights Council: 32nd Session, draft resolution 32/...Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, A/HRC/32/L.2/Rev.1, 28.6.2016 (zit.: UN HRC, A/HRC/32/L.2/Rev.1).
- United Nations Population Fund/Danish Institute for Human Rights/Office of the High Commissioner for Human Rights: Reproductive Rights are Human Rights, A Handbook for National Human Rights Institutions, New York/Kopenhagen/Genf 2014.
- United Nations: Report of the Fourth World Conference on Women (Beijing, 4–15 September 1995), A/CONF.177/20, 17.10.1995 (zit.: UN, Beijing Report, A/CONF.177/20), in deutscher Sprache abrufbar unter <http://www.un.org/Depts/german/conf/beijing/beij_bericht.html> (besucht: 11.11.2016).
- United Nations: Report of the International Conference on Population and Development (Cairo, 5–13 September 1994), A/CONF.171/13, 18.10.1994 (zit.: UN, ICPD Programme of Action, A/CONF.171/13).

WHO

World Health Organization (WHO): Defining sexual health, Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002, Geneva, Sexual health document series, Geneva 2006 (zit.: WHO, Defining sexual health).

World Health Organization (WHO): Sexual health, human rights and the law, Genf 2015 (zit.: WHO, Human rights).

World Health Organization (WHO): Developing sexual health programmes, A framework for action, Genf 2010 (zit.: WHO, Programmes).

Europarat

Commissioner for Human Rights: Human rights and intersex people, Issue Paper, Strasbourg 2015 (zit.: Commissioner for Human Rights, Intersex).

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI): ECRI-Bericht über die Schweiz (fünfte Prüfungsrunde), verabschiedet am 19.6.2014, veröffentlicht am 16.9.2014 (zit.: ECRI(2014)39).

Ministerkomitee des Europarates: Empfehlung (2010)5 vom 31.3.2010, Measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity (zit.: CM/Rec (2010)5).

Ministerkomitee des Europarates: Empfehlung (2012)6 vom 13.6.2012, Protection and promotion of the rights of women and girls with disabilities (zit.: CM/Rec (2012)6).

Parlamentarische Versammlung des Europarates: Resolution 1663(2004) vom 22.6.2004, Domestic slavery: servitude, au pairs and mail-order brides (zit.: PACE/Res 1663(2004)).

Parlamentarische Versammlung des Europarates: Resolution 1763(2010) vom 7.10.2010, The right to conscientious objection in lawful medical care (zit.: PACE/Res 1763(2010)).

Parlamentarische Versammlung des Europarates: Resolution 1983(2014) vom 8.4.2014, Prostitution, trafficking and modern slavery in Europe (zit.: PACE/Res 1983(2014)).

Parlamentarische Versammlung des Europarates: Resolution 2048(2015) vom 22.4.2015, Discrimination against transgender people in Europe (zit.: PACE/Res 2048(2015)).

Bundesrat

BAG Bulletin: Notfall HIV-Exposition – PEP kann die richtige Antwort sein, Nr. 48/14, 24.11.2014 (zit.: BAG Bulletin 48/14, HIV-Exposition).

BAG Bulletin: Zur PEP bei Neugeborenen: Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG) zur Prävention der HIV-Übertragung von der Mutter auf das Kind, Nr. 4/16, 25.01.2016 (zit.: BAG Bulletin 4/16, PEP bei Neugeborenen).

BAG Bulletin: Präimplantationsdiagnostik: Laboratorien müssen strengere Anforderungen erfüllen Nr. 42/16, 17.10.2016 (zit.: BAG Bulletin 42/16, Präimplantationsdiagnostik).

Bundesamt für Gesundheit (BAG): Nationales Programm Migration und Gesundheit, Bilanz 2008–13 und Schwerpunkte 2014–17 (zit.: BAG, Migration).

- Bundesamt für Gesundheit (BAG): Nationales Programm HIV und andere sexuell übertragbare Infektionen (NPHS) 2011–2017 (zit.: BAG, NPHS).
- Bundesamt für Gesundheit (BAG): Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK), Stiftung Gesundheitsförderung Schweiz, Suizidprävention in der Schweiz, Ausgangslage, Handlungsbedarf und Aktionsplan, Bericht im Auftrag des Dialogs Nationale Gesundheitspolitik, Version für die Konsultation im Frühjahr 2016 (zit.: BAG, Suizidprävention).
- Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT): Rahmenlehrplan für den allgemeinbildenden Unterricht in der beruflichen Grundbildung (zit.: BBT, Rahmenlehrplan).
- Bundesamt für Justiz: Opferhilfe nach einer Straftat in der Schweiz gestützt auf das Bundesgesetz vom 23.3.2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), Informationen für Opfer und ihre Angehörigen, 1.1.2015.
- Bundesrat: Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 3.6.2016, BBI 2016 6115 (zit.: Botschaft Art. 123c BV, BBI 2016 6115).
- Bundesrat: Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8.3.2002, BBI 2002 3709 (zit.: Botschaft AuG, BBI 2002 3709).
- Bundesrat: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBI 1997 I 1 (zit.: Botschaft BV, BBI 1997 I 1).
- Bundesrat: Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3.12.2010, BBI 2011 311 (zit.: Botschaft EpG, BBI 2011 311).
- Bundesrat: Botschaft zur Fortpflanzungstechnologie Volksinitiative „zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)“ und Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz) vom 26.6.1996, BBI 1996 III 205 (zit.: Botschaft FMedG, BBI 1996 III 205).
- Bundesrat: Botschaft zur Volksinitiative „gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen“ vom 18.9.1989, BBI 1989 III 989 (zit.: Botschaft Fortpflanzungstechnologie, BBI 1989 III 989).
- 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 24.2.1993, BBI 1993 I 1248 (zit.: Botschaft GIG, BBI 1993 I 1248).
- Bundesrat: Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11.9.2002, BBI 2002 7361 (zit.: Botschaft GUMG, BBI 2002 7361).
- Bundesrat: Botschaft zur Volksinitiative „Ja zur Hausarztmedizin“ vom 16.9.2011, BBI 2011 7553 (zit.: Botschaft Hausarztmedizin, BBI 2011 7553).
- Bundesrat: Botschaft zur Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes)

als indirektem Gegenvorschlag vom 10.10.2012, BBI 2012 8819 (zit.: Botschaft Pädophilie, BBI 2012 8819).

Bundesrat: Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 23.11.2011, BBI 2011 2185 (zit.: Botschaft Zwangsheiraten, BBI 2011 2185).

Bundesrat: Modernisierung des Familienrechts, Bericht zum Postulat Jacqueline Fehr (12.3607) vom März 2016 (zit.: Bundesrat, Familienrecht).

Bundesrat: Bessere Unterstützung für Frauen in Not und verletzte Familien, Bericht zum Postulat Maury Pasquier (13.4189) vom 12. Oktober 2016 (zit.: Bundesrat, Frauen in Not).

Bundesrat: Jugend und Medien, Zukünftige Ausgestaltung des Kinder- und Jugendmedienschutzes der Schweiz, Bericht in Erfüllung der Motion Ivo Bischofberger (10.3466) vom Mai 2015 (zit.: Bundesrat, Jugend und Medien).

Bundesrat: Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.3332 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr vom 5. Juni 2015 (zit.: Bundesrat, Prostitution).

Bundesrat: Stellungnahme zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18.8.2005 zu Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft vom 9.11.2005, BBI 2005 6897 (zit.: Bundesrat, Schutz vor Gewalt, BBI 2005 6897).

Bundesrat: Stellungnahme zu Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch vom 29.9.1980, BBI 1980 III 1047 (zit.: Bundesrat, Schwangerschaftsabbruch, BBI 1980 III 1047).

Bundesrat: Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten, Bericht in Erfüllung des Postulats der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (05.3477) vom September 2005 (zit.: Bundesrat, Zwangsheiraten).

Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen (EAZW): Amtliche Mitteilung Nr. 140.15 vom 1.2.2014, Intersexualität: Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister (zit.: EAZW, Intersexualität).

Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen (EAZW): Rechtsauskunft vom 1.2.2012 betreffend Transsexualität (zit.: EAZW, Transsexualität).

Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMEK): Empfehlung 12/2013 zuhanden des Bundesrates zur Revision des Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 21.2.2013 (zit.: Expertenkommission GUMEK, Empfehlung 12/2013).

Staatssekretariat für Migration (SEM): Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel D7 Die geschlechtsspezifische Verfolgung.

Bundesparlament

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 16. Juni 2017, BBI 2017 4275.

Parlamentarische Initiative zum Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung: Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats vom 23.6.2005, BBI 2005 5479.

Parlamentarische Initiative zum Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft: Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18.8.2005, BBI 2005 6871.

Parlamentarische Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen: Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30.4.2010, BBI 2010 5651.

Parlamentarische Initiativen und Standesinitiativen zum Schwangerschaftsabbruch: Bericht der Kommission des Nationalrates vom 27.8.1979, BBI 1979 II 1037.

Parlamentarische Initiative Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung: Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 11.5.2017.

TABELLENVERZEICHNIS

- Tabelle 1: Übersicht über die Kern-Menschenrechtsverträge der UN und deren Protokolle
- Tabelle 2: Übersicht über die Durchsetzungsmechanismen der wichtigsten UN-Menschenrechtsverträge
- Tabelle 3: Überblick über die relevanten Menschenrechtsinstrumente im Bereich sexuelle und reproduktive Rechte auf Europaratssebene