

## Der Geschlechterbegriff im schweizerischen Gleichstellungsgesetz

Die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung  
als direkte Geschlechterdiskriminierung

DAVID J. ROSENTHAL

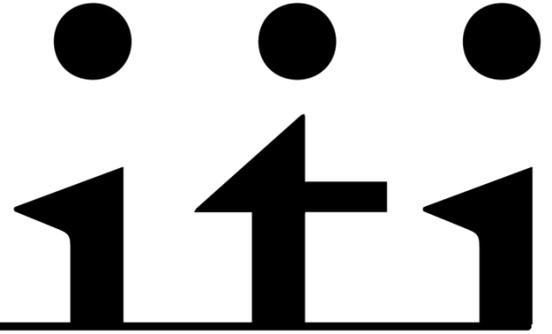
### Zitiervorschlag

ROSENTHAL, Der Geschlechterbegriff im schweizerischen Gleichstellungsgesetz,  
in: cognitio 2022/LGS.

URL: [cognitio-zeitschrift.ch/2022-LGS/Rosenthal](http://cognitio-zeitschrift.ch/2022-LGS/Rosenthal)

DOI: [10.5281/zenodo.6518335](https://doi.org/10.5281/zenodo.6518335)

Publikationsreihe in Kooperation mit F.Ius (Feministisch.Ius):  
**Legal Gender Studies in der Schweiz**



## Der Geschlechterbegriff im schweizerischen Gleichstellungsgesetz

Die Diskriminierung aufgrund der  
sexuellen Orientierung als direkte  
Geschlechterdiskriminierung

DAVID J. ROSENTHAL\*

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

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben	2
A. Der Tatbestand nach Art. 3 GlG	2
B. Der Geschlechterbegriff im Detail	3
1. Biologische Unterscheidung	4
2. Funktionale Unterscheidung	4
3. Verhältnis zur sexuellen Orientierung	5
C. Zwischenfazit	7
III. Geschlechtertheoretische Würdigung von Art. 3 GlG	7
A. Sex vs. Gender	7
B. Kategorisierung	8
C. Geschlechterstereotypisierung	11

\* BLaw, Universität Zürich. Dieser Artikel basiert auf der Masterarbeit des Autors, eingereicht im Frühlingsemester 2021 bei Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler und in voller Länge

publiziert in: ROSENTHAL DAVID J., [Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung im Erwerbsleben im Lichte von BGE 145 II 153](#), Bern 2021.

1. Terminologie	11
2. Geschlechterstereotypisierung als Tatbestand nach Art. 3 GIG	11
3. Geschlechterstereotypisierung und sexuelle Orientierung	13
D. Heteronormativität	15
IV. Fazit	16

## I. Einleitung

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

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

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

Orientierung von [Art. 3 GIG](#) erfasst wird (III.). Dabei werden vier Kernthemen abgehandelt.

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

## II. Der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung im Erwerbsleben

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

### A. Der Tatbestand nach Art. 3 GIG

Nach [Art. 3 GIG](#) dürfen Arbeitnehmende nicht aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt werden. [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) unterscheidet zwischen der direkten und der indirekten Geschlechterdiskriminierung, jedoch ohne diese zu definieren. Lehre und

<sup>1</sup> Statt vieler VOLODER ANER/FREIVOGEL ELISABETH, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum

Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2021, N 15 f. zu Art. 2 GIG.

Rechtsprechung folgen der Definition des EuGH, die vom Bundesrat schon in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz rezipiert wurde.<sup>2</sup> Demzufolge liegt eine direkte Geschlechterdiskriminierung vor, «wenn sich eine Ungleichbehandlung ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann».<sup>3</sup> Indirekt diskriminierend ist hingegen eine Anknüpfung an ein Merkmal, welches zwar «formal geschlechtsneutral»<sup>4</sup> ist, in dessen Auswirkung jedoch ein Geschlecht gegenüber dem anderen benachteiligt.<sup>5</sup> Typische Beispiele indirekt diskriminierender Merkmale sind körperliche Anforderungen, wie Mindestgrössen, oder Teilzeitarbeit.<sup>6</sup>

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

entspricht».<sup>8</sup> Die Abgrenzung zwischen der direkten und der indirekten Diskriminierung kann deshalb in der Praxis äusserst relevant sein.

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

## B. Der Geschlechterbegriff im Detail

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

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu [Art. 8 Abs. 2 und 3 BV](#) ist eine

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

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

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

[Erwerbsleben im Lichte von BGE 145 II 153](#), Bern 2021, S. 12 ff., wo die dogmatischen Probleme der bundesgerichtlichen Definition analysiert werden.

<sup>5</sup> Statt vieler [BGE 138 I 265](#) E. 4.2.2 S. 267 f.; KAUFMANN (Fn. 3), N 28 zu Art. 3 GIG.

<sup>6</sup> Statt vieler KAUFMANN (Fn. 3), N 29 zu Art. 3 GIG.

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

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

Ungleichbehandlung von Frauen und Männern nur dann zulässig, wenn sich diese aufgrund *biologischer* oder *funktionaler* Unterschiede der Geschlechter rechtfertigen lässt.<sup>9</sup> Der Geschlechterbegriff des Bundesgerichts differenziert demzufolge nach zwei sich biologisch und funktional unterscheidenden Gruppen.

## 1. Biologische Unterscheidung

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

konsequenterweise eine Anknüpfung an die Schwangerschaft nicht auf die Ebene der indirekten Diskriminierung abgestuft werden? Dieses Problem ist eine Folge der Divergenz zwischen der biologischen Realität und dem gelebten Geschlecht von trans Personen.

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

## 2. Funktionale Unterscheidung

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

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

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

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

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

<sup>13</sup> WINKLER MATTEO/GILLERI MATTEA, *Of Athletes, Bodies and Rules: Making Sense of 'Caster Semenya'*, in: [Journal of Law, Medicine and Ethics 2021](#), S. 16 f.

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

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

Das Tradierungsverbot deutet zwar darauf, dass funktionale Unterschiede und Geschlechterrollen zur Rechtfertigung von Benachteiligungen missbraucht werden, jedoch beschränkt sich die Bedeutung von Geschlechterrollen keineswegs darauf. Schon in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz erkannte der Bundesrat, dass die in [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) ausdrücklich genannten Merkmale des Zivilstands und der familiären Situation vor allem deshalb typischerweise diskriminierend wirken, weil sie überwiegend gegenüber Frauen, nicht aber gegenüber Männern, vorgebracht werden.<sup>19</sup> Die

familiäre Situation werde oft bei Arbeitnehmerinnen thematisiert, weil Arbeitgebende davon ausgehen, dass Frauen in der familiären Rollenaufteilung für Care-Arbeit zuständig seien.<sup>20</sup> Arbeitgebende versuchen, solche Vorstellungen über die Rollen der Geschlechter also nicht nur zur Rechtfertigung heranzuziehen; diese Vorstellungen bilden oftmals geradezu das Fundament der geschlechtsbezogenen Benachteiligung.<sup>21</sup> Die Bedeutung solcher Stereotypen im Kontext der Geschlechterdiskriminierung wird auch deshalb in der neueren Lehre zu Recht betont.<sup>22</sup>

### 3. Verhältnis zur sexuellen Orientierung

Geschlechterrollen stehen ferner im Zentrum der Frage, ob [Art. 3 GIG](#) eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung verbietet. In der Lehre wird vielfach vertreten, Homo- und Bisexuelle verhalten sich geschlechteratypisch, weshalb [Art. 3 GIG](#) sie vor Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung schütze.<sup>23</sup>

Auch die bundesrätliche Botschaft zum Gleichstellungsgesetz spielt darauf an, dass eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung von [Art. 3 GIG](#) erfasst werden könnte. Die sexuelle Orientierung sei ein

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

<sup>16</sup> Statt vieler [BGE 138 I 265 E. 6.1 S. 272](#); WALDMANN (Fn. 14), N 100 zu Art. 8 BV.

<sup>17</sup> LEMPEN (Fn. 10), N 7 zu Art. 3 GIG; vgl. auch KAUFMANN (Fn. 3), N 35 zu Art. 3 GIG.

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

<sup>19</sup> Botschaft GIG (Fn. 2), S. 1296 f.

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

<sup>21</sup> Ähnlich UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 51.

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

<sup>23</sup> Vgl. die Ausführungen in Kapitel III.C.

mögliches weiteres Merkmal, das eine Geschlechterdiskriminierung vermuten lassen könnte.<sup>24</sup> Keine Erwähnung finden in diesem Kontext allerdings Geschlechterrollen. Das Merkmal fand auch nicht Eingang in den Gesetzeswortlaut, die Aufnahme der sexuellen Orientierung hat das Parlament gar nicht erst diskutiert.<sup>25</sup> Damit schweigt das Gleichstellungsgesetz zur Frage, ob [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung erfasst. Folglich drängt sich eine Auslegung des [Art. 3 GIG](#) auf.

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

Vorerst setzte sich das Bundesgericht im Entscheid ausgiebig mit der historischen und systematischen Auslegung des [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) auseinander. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Gleichstellungsgesetzes habe der Gesetzgeber kaum daran gedacht, auch die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung als Tatbestandsvariante der direkten Geschlechterdiskriminierung zu erfassen.<sup>27</sup> Schliesslich sei die Lebensform, welche Homo- und Bisexuelle vor Diskriminierung

schützt, systematisch in [Art. 8 Abs. 2](#) und nicht [Abs. 3 BV](#) aufgenommen worden. Das Gleichstellungsgesetz stütze sich hingegen auf [Art. 8 Abs. 3 BV](#).<sup>28</sup>

Die materielle Begründung des Bundesgerichts baut jedoch nicht primär auf der historischen und systematischen Auslegung auf, sondern auf dem Geschlechtsbezug. Sowohl Männer als auch Frauen könnten homosexuell sein, weshalb es nach der bundesgerichtlichen Auffassung bei der sexuellen Orientierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle.<sup>29</sup> Eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung falle nur dann als Geschlechterdiskriminierung in Betracht, wenn dabei ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts benachteiligt werden.<sup>30</sup> Hierbei beruft sich das Gericht auf die Lehrmeinung von UEBERSCHLAG, der wiederum einen über 20 Jahre alten Entscheid des EuGH rezipierte.<sup>31</sup>

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

<sup>24</sup> Botschaft GIG (Fn. 2), S. 1297.

<sup>25</sup> Einzig das Votum SANDOZ, [Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1994](#), S. 267, thematisiert Homosexualität im Zusammenhang mit [Art. 4 GIG](#).

<sup>26</sup> [BGE 145 II 153](#) E. 4.5 S. 166 f.; nicht behandelt hat das Bundesgericht den Tatbestand der indirekten Diskriminierung nach [Art. 3 Abs. 1 GIG](#).

<sup>27</sup> Das Argument, wonach die Botschaft zum GIG die sexuelle Orientierung als mögliches weiteres Kriterium nach [Art. 3 GIG](#) nannte, wurde vom Bundesgericht nicht weiter ausgeführt, vgl. [BGE 145 II 153](#) E. 4.3.4 S. 160. Meines Erachtens ging das Bundesgericht aufgrund der Formulierung in der Botschaft davon aus, die

sexuelle Orientierung käme nur als indirekt diskriminierendes Merkmal infrage.

<sup>28</sup> Zum Ganzen [BGE 145 II 153](#) E. 4.3.6 S. 161 f. und E. 4.5.1 S. 166 f.

<sup>29</sup> [BGE 145 II 153](#) E. 4.5.2 S. 166 f.

<sup>30</sup> [BGE 145 II 153](#) E. 4.5.2 S. 167.

<sup>31</sup> [BGE 145 II 153](#) E. 4.5.2 S. 166 f.; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 52 f.

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

### C. Zwischenfazit

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

### III. Geschlechtertheoretische Würdigung von Art. 3 GIG

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

Zuerst wird dabei die Frage gestellt, ob der Geschlechterbegriff des Gleichstellungsgesetzes sozial konstruierte Komponenten mitumfasst oder ob sich das Gleichstellungsgesetz auf eine engere, biologische Determinierung des Geschlechts stützt (III.A.). Das nächste Kapitel befasst sich mit der rechtlichen Kategorisierung von Gruppen, insbesondere aufgrund eines Vergleichs von Rasse und sexueller Orientierung (III.B.). Im dritten Abschnitt wird die Stereotypisierung wegen des Geschlechts als Tatbestandsvariante nach Art. 3 GIG ausgeführt, welche oftmals Personen mit normabweichenden sexuellen Orientierungen besonders trifft (III.C.).

Der letzte Teil der Würdigung beschreibt die Heteronormativität, d.h. die Theorie, dass soziale Geschlechternormen nur die heterosexuelle Ausrichtung erlauben (III.D.).

#### A. Sex vs. Gender

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

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

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

Allerdings hat sich in der Geschlechtertheorie inzwischen die Erkenntnis durchgesetzt, dass auch biologische Merkmale einer sozialen Konstruktion unterzogen werden, weshalb sie vorliegend als *biologisch* bezeichnet werden.<sup>37</sup> BUTLER erklärt diesen Prozess

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

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

<sup>35</sup> Vgl. etwa Holmes (Fn. 33), S. 40 ff.

<sup>36</sup> KAUFMANN (Fn. 3), N 11 zu Art. 3 GIG; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45 ff.

<sup>37</sup> HOLMES (Fn. 33), S. 22 ff.; BUTLER JUDITH, *Gender Trouble*, New York 1990, S. 7; vgl. ferner ADAMIETZ LAURA, *Geschlecht als Erwartung*, Diss. Berlin 2010, Baden-Baden 2011, S. 66 ff. mit weiteren Hinweisen; BEGER NICO J., *Queer Readings of Europe: Gender Identity, Sexual Orientation and the (Im)potency of rights*

anhand ihrer These der «heterosexuellen Matrix», welche auf «*sex, gender, sexual practice, and desire*» von Personen angewendet wird, um deren Identitäten gesellschaftlich und kulturell intelligibel zu machen.<sup>38</sup> Die Intelligibilität einer Identität bestimmt dabei deren gesellschaftlichen Akzeptanz.

Das Bundesgericht hat in der Begründung von [BGE 145 II 153](#) die Frage nicht geklärt, ob das Geschlecht nach [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) anhand biologischer Merkmale definiert werden sollte oder inwiefern auch soziale Komponenten in diesem Konzept Platz finden sollten.<sup>39</sup> In verschiedenen Leitentscheiden nimmt das Bundesgericht immerhin auf Geschlechterrollen Bezug.<sup>40</sup> Die Lehre ist sich aber einig, dass nur ein konstruktivistischer Ansatz, der soziale Komponenten berücksichtigt, die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann erreichen kann.<sup>41</sup> Offen bleibt damit aber letztlich die Frage, wer im gesetzlich zurzeit binär definierten System Frau und wer Mann ist.<sup>42</sup>

## B. Kategorisierung

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

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

---

Politics at the European Court of Justice, in: [Social & Legal Studies 2000/2](#), S. 249 ff., S. 256 f.; BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transsexualität und Recht, Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, in: [FamPra.ch 2002/1](#), S. 20 ff., S. 23; SCHMIDT ANJA, Geschlecht als Kategorie des Rechts, in: [RphZ 2016/2](#), S. 169 ff., S. 169 und S. 178 f.; WINKLER/GILLER (Fn. 13), S. 16.

<sup>38</sup> BUTLER (Fn. 37), S. 16 ff.

<sup>39</sup> Das Bundesgericht hat sich in seiner Begründung darauf beschränkt, dass es bei der sexuellen Orientierung an der erforderlichen Geschlechtsspezifität fehle, [BGE 145 II 153](#) E. 4.5 S. 167.

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

<sup>41</sup> KAUFMANN (Fn. 3), N 12 zu Art. 3 GIG; UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45; ähnlich HOTZ (Fn. 32), S. 12 f.

<sup>42</sup> Politische Forderungen nach der Einführung weiterer geschlechtlicher Kategorien im Recht

---

sind (noch) nicht erfüllt worden, weshalb in diesem Beitrag noch vom binären System des schweizerischen Rechts ausgegangen wird. Siehe Postulat ARSLAN SIBEL, Drittes Geschlecht im Personenstandsregister, [17.4121](#); ferner Postulat RUIZ REBECCA ANA, Einführung einer dritten Geschlechtsidentität, Folgen für die Rechtsordnung und für Infostar, [17.4185](#).

<sup>43</sup> Zum Kategorisierungsprozess WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habil. Freiburg, Bern 2003, S. 8 ff.

<sup>44</sup> BAER SUSANNE, Ungleichheit der Gleichheiten?, Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Klein Eckart/Menke Christoph (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote: 15 Jahre Wiener Weltmenschenrechtskonferenz, Berlin 2008, S. 421 ff., S. 448.

<sup>45</sup> BAER (Fn. 44), S. 423 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>46</sup> Zum Rassebegriff NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171<sup>c</sup> MStG, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 618 ff.

d.h. einzig diese Merkmale bilden die Anknüpfungspunkte für die Kategorisierung.<sup>47</sup>

Das Dilemma der feministischen Rechtswissenschaften ist, dass eben die Normen, welche derartige gesellschaftliche Kategorisierungen resp. daran anknüpfende Diskriminierung bekämpfen sollen, durch die Nennung verpöner Merkmale konstitutiv auf die entsprechende Kategorien wirken.<sup>48</sup> Im erwähnten Kontext des Antirassismus etwa nennt [Art. 261<sup>bis</sup> StGB](#) eben «Rasse» und setzt damit zur Bekämpfung von Rassendiskriminierung eine Definition voraus, die «Rasse» selbst konstituiert.<sup>49</sup> Im Diskurs zur Rassendiskriminierung erfolgt allerdings eine sorgfältige Reflexion. Diese Kategorien werden auch in der Rechtsprechung als Konstrukte offenbart und entsprechend problematisiert.<sup>50</sup> Seit der Erweiterung des [Art. 261<sup>bis</sup> StGB](#) konstituiert das Strafrecht nun auch die sexuelle Orientierung.<sup>51</sup>

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

WALDMANN, den das Bundesgericht in [BGE 145 II 153](#) diesbezüglich zitiert hat, sieht die sexuelle Orientierung im Rahmen des [Art. 8 Abs. 2 BV](#) als «innere sexuelle Präferenz zu Gunsten der einen oder beider Geschlechtsgruppen [...]»<sup>53</sup> Er erkennt immerhin die

<sup>47</sup> NIGGLI (Fn. 46), Rz. 562 ff.; ELSUNI SARAH, Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel «Geschlecht», in: Behmenburg Lena et al. (Hrsg.), *Wissenschaft (f) Geschlecht*, Königstein Taunus 2007, S. 133 ff., S. 137; KOSOFSKY SEDGWICK EVE, *Epistemology of the Closet*, Berkeley/Los Angeles 1990, S. 34; PLETT KONSTANZE, *Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion des zweigeschlechtlichen Körpers*, in: Kathrin Heinz/Barbara Thiessen (Hrsg.), *Feministische Forschung – nachhaltige Einsprüche*, Opladen 2003, S. 323 ff., S. 324.

<sup>48</sup> Eingehend BAER SUSANNE, *Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot – Der Abschied von Thelma und Louise*, in: *Kriminologisches Journal* 1996/4, S. 242 ff., insb. S. 248 ff.; ELSUNI (Fn. 47), S. 141; HOLZLEITHNER ELISABETH, *Gerechtigkeit und Geschlechterrollen*, in: [RphZ 2016/2](#), S. 133 ff., S. 137 und S. 149 f.; vgl. auch WALDMANN (Fn. 43), S. 19 ff.

<sup>49</sup> NIGGLI (Fn. 46), Rz. 635 ff., lehnt dennoch ein Verzicht des Rassebegriffs im Gesetz ab, weil die rassistische Diskriminierung auch als solche beschrieben werden muss; siehe hierzu auch KÄGI-DIENER (Fn. 22), S. 7 f.

<sup>50</sup> Beispielhaft [BGE 123 IV 202 E. 3.a S. 206 f.](#); [Urteil des Bezirksgericht Zürich vom 26. Februar 1998, U/GG 980051, EKR Fall 1998-004N](#), relevanter Auszug abgedruckt in STUTZ HANS, *Dokumentation zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung)*, in: *Gesellschaft*

*Minderheiten in er Schweiz (GMS)/Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA)* (Hrsg.), *Rassendiskriminierung Gerichtspraxis zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB*, S. 7 ff., S. 78.

<sup>51</sup> Schon vorher wurde diskutiert, ob die sexuelle Orientierung nicht auch unter das Merkmal Rasse nach [Art. 261<sup>bis</sup> StGB](#) subsumiert werden könnte, [Urteil des BGer 6B\\_361/2010 vom 1. November 2010 E. 4.3 f.](#); NIGGLI (Fn. 46), Rz. 783 ff.; siehe auch BESSON SAMANTHA, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, *Des fondements théoriques au droit privé suisse*, Diss. Freiburg 1999, Rz. 1464.

<sup>52</sup> NAGUIB TAREK, *Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine \_ Leerstelle?*, in: Philipp Simone/Meier Isabella/Apostolovski Veronika/Starl Klaus/Schmidlechner Karin Maria (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung*, Baden-Baden 2014, S. 231 ff., S. 253 f.

<sup>53</sup> WALDMANN (Fn. 43), S. 716; [BGE 145 II 153 E. 4.3.6 S. 161 f.](#) rezipiert diese Definition, lässt dabei allerdings die Alterspräferenz weg, die in der ursprünglichen Definition WALDMANNs zu finden ist. Die Vermengung der sexuellen Orientierung mit einer Alterspräferenz ist m.E. deshalb problematisch, weil damit das Stereotyp bekräftigt wird, schwule Männer seien pädophil. Zu diesem Stereotyp vgl. etwa HEREGORY, *Gender Gaps in Public Opinion About Lesbians and Gay Men*, in: [Public Opinion Quarterly 2002/1](#), S. 40 ff., S. 51; exemplarisch

Probleme des Diskurses «*nature versus nurture*» im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung, wie auch das Problem der Definition der sexuellen Orientierung anhand sexueller Handlungen oder anhand der Identität.<sup>54</sup> So spielt die Frage nach der inneren Ursache, ob es sich bei der Homosexualität um eine ursprüngliche Veranlagung oder eine entwickelte handelt, gemäss WALDMANN keine Rolle.<sup>55</sup> Damit wird, anders als oftmals im politischen Diskurs,<sup>56</sup> nicht verlangt, dass die sexuelle Orientierung «*natürlich*» sein müsse, um schutzwürdig zu sein.<sup>57</sup> Eine kritische Reflexion der Hetero-Homo-Dichotomie müsste m.E. an eben dieser Frage der «*Natürlichkeit*» ansetzen.<sup>58</sup> Erfolgt nicht die Unterscheidung zwischen gegengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Liebe nur deshalb, weil nach einer gewissen, religiös geprägten Moralvorstellung die gleichgeschlechtliche Liebe «*unnatürlich*» sei?<sup>59</sup>

Interessanterweise rezipieren sowohl WALDMANN als auch das Bundesgericht die Hetero-Homo-Dichotomie, obwohl diese

Kategorien nicht zwingend aus WALDMANN'S Definition der sexuellen Orientierung resultieren. Eine «sexuelle Präferenz zu Gunsten des einen oder des anderen Geschlechts»<sup>60</sup> könnte ebenso die Kategorien *männerliebend* und *frauenliebend* beschreiben. Diese Bezeichnungen verwendet oftmals die LGBTIQ+ Community.<sup>61</sup> Als alternative Kategorien hat sie neulich auch der US Supreme Court übernommen, um eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unter das Kriterium «*sex*» nach dem Civil Rights Act von 1964 zu subsumieren. Demzufolge müssten frauenliebende Frauen mit frauenliebenden Männern verglichen werden und nicht, wie unter anderem vom Bundesgericht vertreten, frauenliebende Frauen mit männerliebenden Männern.<sup>62</sup> Diese Argumentationsweise stammt zwar aus den USA, lässt sich jedoch aufgrund der von der Geltung eines bestimmten Rechtsrahmens entbundenen Natur leicht transfieren, ohne dabei auf kulturelle oder historische Unterschiede Rücksicht nehmen zu müssen.<sup>63</sup> Das Bundesgericht hat diese

auch Urteil des BGER 6B\_569/2018 vom 20. März 2019 E. 1.2.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu FARRELL SANDI, Reconsidering the Gender-Equality Perspective for Understanding LGBT Rights, in: *Tulane Journal of Law and Sexuality: A Review of Sexual Orientation and Gender Identity in the Law 2004/13*, S. 605 ff., insb. S. 698.

<sup>55</sup> WALDMANN (Fn. 43), S. 716.

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

<sup>57</sup> Vgl. aber etwa JOHANNES PAUL II., *Catechism of the Catholic Church*, Vatikanstadt 1993, Rz. 2357 ff.

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

<sup>59</sup> Vgl. etwa JOHANNES PAUL II. (Fn. 57), Rz. 2357 ff. Das Argument, wonach das binäre

Geschlechterverständnis im Zusammenhang mit der Vorstellung der Widernatürlichkeit homosexueller Akte steht, wird in Kapitel III.D. ausgeführt.

<sup>60</sup> WALDMANN (Fn. 14), N 85 zu Art. 8 BV.

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

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

<sup>63</sup> ADAMIETZ (Fn. 37), S. 243.

alternativen Kategorien übersehen. Ein kritischer Umgang mit Kategorien hätte diesen Fehler womöglich verhindert.<sup>64</sup>

### C. Geschlechterstereotypisierung

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

#### 1. Terminologie

Die Lehre hat die Geschlechterstereotypisierung bis anhin als direkte Geschlechterdiskriminierung anerkannt. Das Bundesgericht hat sich jedoch noch nicht abschliessend dazu geäußert.<sup>66</sup> Die verwendete Terminologie zum Tatbestand der Geschlechterstereotypisierung ist in der schweizerischen Dogmatik uneinheitlich. So wird der Tatbestand in der Lehre teils als

«Geschlechterrollenzuweisung»<sup>67</sup> oder «Diskriminierung infolge Abweichung von Gendernormen»<sup>68</sup> bezeichnet. «Geschlechterstereotypisierung»<sup>69</sup> oder einfach «Stereotypisierung» beschreibt m.E. den Tatbestand besser. Diese Terminologie bringt nicht nur Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter in der Gesellschaft zum Ausdruck, sondern auch stereotype Ansichten über die Fähigkeiten und Eigenschaften der Geschlechter.<sup>70</sup> Diese Geschlechterstereotype sind denn auch das kennzeichnende Merkmal des nachfolgend beschriebenen Tatbestands.

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

Geschlechterstereotype werden in der Sozialpsychologie als kognitive Strukturen verstanden, «die sozial geteiltes Wissen über die charakteristischen Merkmale von Frauen und Männern enthalten».<sup>71</sup> Vorliegend werden unter den Begriff der Geschlechterstereotype nicht nur Charaktereigenschaften gefasst, sondern auch soziale Verhaltenserwartungen an die Geschlechter, d.h. die

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

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

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

<sup>67</sup> So noch die Formulierung von FREIVOGLER (Fn. 14), N 17 zu Art. 3 GIG in der 2. Auflage des Kommentars zum GIG; die 3. Auflage

verweist neu auf Geschlecht als Erwartung nach ADAMIETZ, KAUFMANN (Fn. 3), N 12 zu Art. 3 GIG.

<sup>68</sup> LEMPEN/VOLODER (Fn. 66), S. 87, mit weiteren Hinweisen, vgl. aber insb. S. 87, Fn. 50, wo die Heterosexualität analog zu ADAMIETZ als geschlechtliche Erwartung gesehen wird.

<sup>69</sup> Ähnlich UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 45.

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

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

Geschlechterrollen.<sup>72</sup> Die Stereotypisierung ist die Anwendung dieses Wissens resp. dieser Erwartungen auf bestimmte Personen.<sup>73</sup> Mit dem Diskriminierungsstatbestand der Geschlechterstereotypisierung verboten wird mithin benachteiligendes Verhalten, dem ein gewisses Verständnis der Rolle von Frau und Mann in der Gesellschaft oder deren charakteristischen Eigenschaften oder Verhalten zugrunde liegt.<sup>74</sup> Damit wird auch klar, dass die Vorstellungen über Geschlechterrollen als sozial geteiltes Wissen konstitutiv auf stereotype Erwartungen wirken,<sup>75</sup> weshalb das vorliegende Begriffsverständnis eine zielführende Vereinfachung darstellt.

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

geschlechtlichen Kontext konstruiert sozial geteiltes Wissen *die* Frau und *den* Mann.<sup>79</sup>

Zwar werden die Gruppen homogenisiert, innerhalb der Gruppe bestehen allerdings sog. Substereotypen. Demzufolge wird bei spezifischen Personen einer Gruppe an weitere Merkmale angeknüpft, welche zusammen stereotype Subkategorien bilden. Zu denken ist etwa an die Powerfrau an der Spitze eines Unternehmens, welche durchaus auch stereotyp männliche Eigenschaften besitzt (dominant und selbstbewusst), die aufgrund ihrer Führungsrolle schliesslich *notwendig* seien.<sup>80</sup> Diese Substereotypen sind genauso geschlechtlich wie der Grundstereotyp «Frau» oder «Mann» und fallen m.E. deshalb ebenso unter den Tatbestand der Geschlechterstereotypisierung nach [Art. 3 GlG](#).

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

Die Stereotypisierung von Berufsbildern, wie etwa die Pflegefachperson als typisch

<sup>72</sup> Vgl. zur terminologischen Unterscheidung ECKES (Fn. 70), S. 178.

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

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

<sup>75</sup> HOLZLEITHNER (Fn. 48), S. 133.

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

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

<sup>78</sup> BLUM (Fn. 71), S. 253; FÖRSTER (Fn. 71), S. 30 f.

<sup>79</sup> BAER (Fn. 44), S. 443 ff.; DE SILVA ANGELA, in: BEGER NICO/BAER SUSANNE/DE SILVA ANGELA, Recht und Rechte: Zwischen legaler

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

<sup>80</sup> Vgl. ECKES (Fn. 70), S. 181 ff.

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

weiblich und der Ingenieur als typisch männlich, bildet die wohl wichtigste Untergruppe dieser ersten Kategorie, also der Benachteiligung von Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einem Geschlecht. Diese Form der Stereotypisierung und die damit verbundenen Probleme der Lohnungleichheit und Benachteiligungen im Anstellungsverfahren hat auch das Bundesgericht als Geschlechterdiskriminierung i.S.v. [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) resp. [Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV](#) anerkannt.<sup>82</sup>

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

Waterhouse bei Frau Hopkins männlichen Kollegen aber akzeptiert.<sup>87</sup> Wäre sie ein Mann gewesen, hätte das Unternehmen sie demzufolge zur Partnerin befördert.

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

### 3. Geschlechterstereotypisierung und sexuelle Orientierung

Mit Blick auf die Anwendung des [Art. 3 GIG](#) bedeutet das, dass Homo- und Bisexuelle immer vor Benachteiligungen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung geschützt

<sup>82</sup> Beispielhaft [BGE 125 II 530 E. 4 S. 533 ff.](#); [Urteil des BGer 8C\\_420/2019 vom 20. Februar 2020 E. 4](#); [Urteil des BGer 8C\\_179/2020 vom 12. November 2020 E. 3.2.](#)

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

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

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

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

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

<sup>88</sup> ADAMIETZ (Fn. 37), S. 258.

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

werden sollten. Dieser Ansicht hat sich die neuere Lehre in der Schweiz angeschlossen.<sup>90</sup>

Einer anderen, verbreiteten Lehrmeinung zufolge seien homo- und bisexuelle Personen vor allem deshalb durch Art. 3 GIG geschützt, weil sie sich *oftmals* nicht entsprechend den sozialen Vorstellungen an ihr Geschlecht verhalten.<sup>91</sup> Diese Idee gründet auf sozialpsychologischen Erhebungen, welche stereotype Bilder Homo- und Bisexueller als «unmännlich» resp. «unweiblich» aufdecken.<sup>92</sup> Insbesondere sexuell passive schwule Männer werden als feminin angesehen, da sie innerhalb dieser sexuellen Dynamik dominiert werden, während aktive homosexuelle Männer als hypermaskulin betrachtet werden, da sie andere Männer dominieren.<sup>93</sup> Lesben seien demgegenüber maskulin, da sie sich den Männern sexuell entziehen und somit Emanzipation anstreben, d.h. die als männlich betrachtete Eigenständigkeit.<sup>94</sup> Solche Bilder sollten m.E. als geschlechtliche Sub-Stereotypen betrachtet werden.<sup>95</sup>

Dieser zweite Teil der Lehre vertritt allerdings mitunter die Meinung, dass Art. 3 GIG *nur* dann zur Anwendung komme, wenn Homo- und Bisexuelle sich tatsächlich entgegen der geschlechtlichen Rollenerwartungen verhalten.<sup>96</sup> Mit anderen Worten müssten Diskriminierungsoffer nachweisen, dass

sie sich geschlechteratypisch verhalten, um Schutz nach Art. 3 GIG zu erhalten. Selbst wenn die sexuelle Orientierung nicht als geschlechtliches Merkmal betrachtet wird, vermag diese Einschränkung kaum zu überzeugen. Stereotypen sind derart hartnäckig, dass sie auch in Personen gesehen werden, die diese nicht erfüllen.<sup>97</sup> Homo- und Bisexuelle, welche sich «geschlechterkonform» verhalten, können deshalb ebenfalls aufgrund solcher Stereotypen benachteiligt werden. Ferner weichen sie mit «geschlechtertypischem» Verhalten von Sub-Stereotypen ab, was eine Anwendung des Art. 3 GIG in diesen Fällen rechtfertigen würde.

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

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

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

<sup>92</sup> Vgl. KOPPELMAN (Fn. 62), S. 234 ff.; BAER SUSANNE, *Würde oder Gleichheit? Zur*

angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Diss. Frankfurt am Main, Baden-Baden 1995, S. 49, entlarvt etwa auch die sexuelle Belästigung von Männern als eine «Sanktion 'unmännlichen' Verhaltens».

<sup>93</sup> KOPPELMAN (Fn. 62), S. 240 ff. und 248.

<sup>94</sup> KOPPELMAN (Fn. 62), S. 247 f.

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

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

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

## D. Heteronormativität

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

Untersuchungen FOUCAULTS oder VON BRAUNS haben etwa eine Relation zwischen dem säkulären resp. religiösen Kontext und dem jeweiligen Verständnis der Sexualität aufgedeckt.<sup>99</sup> Zu denken ist ferner daran, dass die Homosexualität bis in die 1990er Jahre pathologisiert wurde.<sup>100</sup> Auch heute noch werden homosexuelle Handlungen in zahlreichen Ländern als «unnatürliche» Akte kriminalisiert.<sup>101</sup> Deutlich wird an diesen Beispielen, dass die Vorstellung der Sexualität vom jeweiligen sozialen Kontext abhängig ist.<sup>102</sup> Weil das Verständnis der Sexualität sozial relativ ist, muss es sozial geteiltes Wissen sein. Folglich stellt sich die Frage nach der geschlechtlichen und normativen Natur dieses Wissens.

Zur Beantwortung dieser Frage kann die Theorie der Heteronormativität

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

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

Diese Ko-Konstruktion und wechselseitige Bedingtheit der sexuellen Orientierung und des Geschlechts unter dem Gesichtswinkel

<sup>98</sup> ADAMIETZ (Fn. 37), S. 258.

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

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

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

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

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

<sup>104</sup> Vgl. zum Ganzen HARK (Fn. 58), S. 59.

der biologistischen «*Natürlichkeit*» hat zur Folge, dass sowohl die Geschlechterbinarität als auch die Heteronormativität als Geschlechternormen aufgefasst werden müssen.<sup>105</sup> Konsequenterweise müssen Diskriminierungen infolge einer Abweichung von der Geschlechterbinarität und der heteronormativen Ordnung immer als Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts i.S.v. [Art. 3 Abs. 1 GIG](#) betrachtet werden. Mit anderen Worten werden nicht nur trans und intergeschlechtliche Personen aufgrund ihrer Geschlechtsidentität durch das Gleichstellungsgesetz geschützt, wie die Lehre dies einhellig befürwortet,<sup>106</sup> sondern auch Homo- und Bisexuelle aufgrund ihrer sexuellen Orientierung.

#### IV. Fazit

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

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

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

<sup>105</sup> HOLMES (Fn. 33), S. 21.

<sup>106</sup> UEBERSCHLAG (Fn. 7), Rz. 42 ff.; STAUBER-MOSER/VOLODER (Fn. 91), S. 122; KAUFMANN

(Fn. 3), N 11 zu Art. 3 GIG; LEMPEN (Fn. 10), N 4 zu Art. 3 GIG; LEMPEN (Fn. 22), S. 241; vgl. auch [BGE 145 II 153](#) E. 4.4.1 S. 163.