CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis

Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren
Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis
Ein Online-Tool der EKF: www.frauenkommission.ch > Publikationen

Teil 4 Modellbeispiele aus der Anwalts- und Gerichtspraxis

Rechtliche Argumentation für die Praxis

Handlungspflichten für Behörden

Die CEDAW-Bestimmungen sind für die Schweizer Behörden verbindlich. Sie verpflichten Gesetzgebung und rechtsanwendende Behörden zu konkretem Handeln (vgl. dazu BGE 137 I 305, im Detail in Teil 5).

Anwendung im Einzelfall

Die CEDAW-Bestimmungen lassen sich, soweit sie als justiziabel gelten, im Einzelfall direkt vor den administrativen und gerichtlichen Behörden anrufen. Aber auch wenn die Gerichte und die Verwaltung eine direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen verneinen, sind sie im Zuge der völkerrechtskonformen Auslegung eidgenössischer und kantonaler Normen (auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsebene) zu beachten (vgl. dazu im Detail Teil 3 des Leitfadens). Präzisiert durch Allgemeine Empfehlungen und durch die Jurisprudenz des Ausschusses im Rahmen der Mitteilungsverfahren können sie wichtige rechtliche Argumente liefern, um die Verpflichtungen aus dem Diskriminierungsverbot im Einzelfall zu konkretisieren.

Die CEDAW-Staatenberichte und die Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses zu diesen Berichten können auch für die Argumentation in administrativen oder gerichtlichen Verfahren nützlich sein, im Besonderen, wenn es um den Nachweis struktureller Benachteiligungen bestimmter Gruppen von Frauen oder (indirekt) diskriminierender Praktiken geht.

Internationale Beschwerden

Schliesslich bietet das CEDAW-Mitteilungsverfahren eine Möglichkeit, gegen letztinstanzliche Entscheide von Schweizer Behörden beim Ausschuss «Beschwerde» (offizielle Bezeichnung: «Mitteilung») einzulegen. Allerdings bedarf es hier der sorgfältigen Abwägung mit anderen internationalen Rechtschutzmöglichkeiten. In einigen Bereichen wird die Beschwerde an die EMRK im Vordergrund stehen (vgl. dazu Teil 6 des Leitfadens).

Bedeutung für die Praxis

Die Praxis der Schweizer Gerichte und Behörden bezieht sich nur in wenigen Einzelfällen ausdrücklich auf das Übereinkommen CEDAW. Es ist nicht zu erwarten, dass sich diese Praxis rasch verändern wird. Eine zunehmende Anzahl von Anwältinnen und Anwälten verwendet aber das Übereinkommen zur Verstärkung der rechtlichen Argumentation in verschiedenen

Rechtsgebieten. Zudem werden Anwältinnen und Anwälte, die für einen bestimmten Fall das individuelle Mitteilungsverfahren ins Auge fassen, von der ersten Instanz an mit CEDAW-Bestimmungen argumentieren müssen. Sonst besteht die Gefahr, dass der Ausschuss das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs als nicht erfüllt betrachtet und deshalb die Mitteilung zurückweist, ohne sie materiell zu behandeln.

Konkrete Beispiele

Die 16 Modellbeispiele in diesem Teil zeigen Sachverhalte aus ausgewählten Rechtsbereichen der anwaltlichen Praxis. Mit Ausnahme der Beispiele 1, 3 und 8, die sich auf Bundesgerichtsentscheide beziehen, bauen die Beispiele auf fiktiven Sachverhalten auf. Sie skizzieren die anwendbaren schweizerischen Normen, verweisen auf die relevanten Bestimmungen des Übereinkommens und zeigen beispielhaft, wie die rechtliche Argumentation mit dem Übereinkommen aussehen kann. Sie sollen Anwältinnen und Anwälte darin unterstützen, das Argumentationspotential des Übereinkommens für ihre Arbeit konkret zu nutzen.

Inhalt

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben: Zulässigkeit von Quoten

Modellbeispiel 2: Erwerbsleben: Ausschluss einer Bewerberin aus dem Anstellungsverfahren

Modellbeispiel 3: Erwerbsleben: Lohngleichheit

Modellbeispiel 4: Erwerbsleben: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Modellbeispiel 5: Erwerbsleben: Freistellung wegen Schwangerschaft

Modellbeispiel 6: Sozialversicherungsrecht: IV-Rentenberechnung aufgrund des hypothetischen Einkommens

Modellbeispiel 7: Eherecht: Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Modellbeispiel 8: Eherecht: Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

Modellbeispiel 9: Eherecht: Aufbau der Altersvorsorge nach der Scheidung

Modellbeispiel 10: Eherecht: Aufteilung ehelicher Güter bei Scheidung

Modellbeispiel 11: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten und Nachweis von Gewalt

Modellbeispiel 12: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten für «Sans-Papiers»

Modellbeispiel 13: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und Integration

Modellbeispiel 14: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und berufliche Integration

Modellbeispiel 15: Frauenhandel: Schutz von Opfern von Frauenhandel

Modellbeispiel 16: Asylrecht: Geschlechtsspezifische Verfolgung

---

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben
Zulässigkeit von Quoten

Sachverhalt

Im Rahmen eines (wenig später auslaufenden) Bundesprogramms zur Förderung des Nachwuchses an den kantonalen Universitäten (mit dem ausdrücklichen Ziel, 40% der Nachwuchsstellen durch Frauen zu besetzen) schrieb die Universität Freiburg die Stelle für Oberassistenz («maître-assistante») bzw. für Assistenzprofessorin («professeure associée») an der juristischen Fakultät ausschliesslich für Frauen aus. T.B. bewarb sich darauf, obwohl er männlichen Geschlechts ist und wurde aus diesem Grunde nicht in die Evaluation einbezogen. Er erhob deshalb beim kantonalen Verwaltungsgericht und später beim Bundesgericht Beschwerde wegen Verletzung der Geschlechtergleichheit (vgl. BGE 131 II 361).

Anwendbares Schweizer Recht

Das kantonale Verwaltungsgericht war der Meinung, die Geschlechterquote stütze sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage und sei verhältnismässig. Das Bundesgericht kam zu einer anderen Auffassung. Es befasste sich aus dem Blickwinkel von Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung mit der Frage, ob die gezielte Reservierung der Stelle für Frauen vor der Geschlechtergleichheit des Art. 8 Abs. 3 BV stand halte und hielt in Anschluss an BGE 125 I 21 (Urner Quotenentscheid) fest, dass Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV nicht nur gesetzgeberische Massnahmen zur «Gleichheit der Startbedingungen» («bases nécessaires à l'égalité des chances entre les sexes») erlaube, sondern auch Massnahmen zur Herbeiführung einer Ergebnisgleichheit (Erw. 5.3.). Das dabei entstehende Spannungsfeld zwischen der formellen (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) und der materiellen Gleichstellung (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) müsse nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz aufgelöst werden, d.h. durch eine Interessenabwägung mit Einbezug von milderen Massnahmen.

Das Bundesgericht stellte fest, dass Geschlechterquoten grundsätzlich zulässig seien, sofern sie geeignet sind, das Ziel (konkret ein ausgeglicheneres Geschlechterverhältnis) zu erreichen, das mildeste mögliche Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellen und sich angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen als angemessen erweisen. Das Gericht bezweifelte, dass die ausschliessliche Ausschreibung der Stelle für Frauen verhältnismässig sei, weil eine starre Quote festgelegt werde; es liess die Frage aber offen. Es verneinte dagegen eine genügende gesetzliche Grundlage für den Ausschluss von Männern für die Bewerbung auf die Stelle, weil kein Gesetz im

formellen Sinne vorliege. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthalte einen Auftrag an den Gesetzgeber. Massnahmen zur materiellen Gleichheit müssten deshalb von diesem angeordnet werden. Gesetzliche Grundlagen auf Verordnungsbasis genügten nicht ohne weiteres. Auch Art. 3 Abs. 3 GlG, wonach angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung weder in privaten noch in öffentlichem Arbeitsverhältnissen eine Diskriminierung darstellen, wurde aufgrund einer historischen Auslegung nicht als ausreichende gesetzliche Grundlage anerkannt. Das Bundesgericht verwarf damit die Auffassung des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, das als amica curiae zur Stellungnahme eingeladen war. Das EBG hatte die Meinung vertreten, Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV verpflichte zur materiellen Gleichstellung, weshalb sich die Massnahme direkt auf diesen Verfassungssatz stützen könne.

Argumentation mit CEDAW

Ausgangspunkt ist – der schweizerischen Praxis entsprechend – Art. 8 BV, der in Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot und in Abs. 3 einerseits ein Differenzierungsverbot (Satz 1), andererseits ein Fördergebot (Satz 2) enthält. Das Diskriminierungsverbot des Übereinkommens CEDAW schützt Frauen vor Benachteiligungen (Art. 1) und verpflichtet die Vertragsstaaten zu einer aktiven Gleichstellungspolitik, das heisst zu Fördermassnahmen, um die faktische Gleichheit sicherzustellen (im Besonderen Art. 2, Art. 3). Art. 4 Abs. 1 CEDAW legt fest, dass *Sondermassnahmen* (einseitige Massnahmen), die *auf Zeit* angelegt sind und eine *Beschleunigung* der De-facto-Gleichstellung von Mann und Frau bewirken, bzw. bewirken sollen, *keine Diskriminierung* derjenigen Personen darstellen, die nicht in deren Genuss kommen.

Das Geschlechtergleichstellungsgebot von Art. 8 Abs. 3 BV ist demnach in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 1 und 4 (1) CEDAW asymmetrisch auszulegen, um tatsächliche Gleichstellung anzustreben bzw. zu erzielen. Daraus folgt:

- *Asymmetrie* ist aufgrund des CEDAW-Übereinkommens nicht nur erlaubt, sondern u.U. notwendig, um tatsächliche Gleichstellung in einem Bereich herzustellen (vgl. Wortlaut von Art. 4 (1) CEDAW).
- Die Herstellung eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses in Bildung und Forschung und im Erwerbsleben – wie es die umstrittene Massnahme verfolgte – ist völkerrechtlich (Art. 2 und 3 CEDAW) und verfassungsrechtlich (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV) geboten. Da damit eine zentrale Gerechtigkeitsforderung gestützt wird, kann von einem gewichtigen, qualifizierten öffentlichen Interesse gesprochen werden.
- Das gewichtige, qualifizierte öffentliche Interesse (der Universität, der Öffentlichkeit, des Erziehungswesens) addiert sich mit den Interessen der Frauen, weder als Individuen noch als Gruppe in tatsächlicher Hinsicht benachteiligt zu werden. Diese Interessen stehen demjenigen des im konkreten Einzelfall betroffenen Mannes gegenüber, der nicht von der Massnahme profitiert. Es handelt sich dabei

nicht um eine einfache, bipolare, sondern um eine multipolare Interessenlage, bei der mehrere Interessen für die Fördermassnahme angeführt werden können.

- Eine solche Auffassung zu Art. 8 Abs. 3 BV reiht sich in die bundesgerichtliche Praxis zum Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV zugunsten von ausländischen Staatsangehörigen und Menschen mit Behinderung ein (vgl. BGE 129 I 232, E.3.4.1, mit Hinweisen, auch BGE 129 I 217, 129 I 392, E.3.2.2, 126 II 377, 130 I 352, E.6.1.2). Die Schutzrichtung der Norm muss in der Interessensabwägung berücksichtigt werden. Damit lässt sich ein intrinsisches, systematisches Argument der kohärenten Auslegung des Diskriminierungsverbots vorbringen.
- Die Bevorzugung von Frauen bedeutet allerdings eine Benachteiligung von individuell betroffenen Männern. Dies ist jedoch nicht zwingend eine *rechtlich erhebliche Diskriminierung* dieser Männer. Wenn multipolare Interessenskonflikte entstehen, ist das qualifizierte öffentliche Interesse an der Förderung von Frauen mit in die Waagschale zu legen (zum Prüfprogramm siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, S. 455f.).
- Hinzu kommt, dass die angeordnete Sondermassnahme nur auf Zeit angelegt war. Sie strebt sodann ein konkretes Gleichstellungsziel (40%) mit einem effektiven, d.h. relativ rasch und nachhaltig wirkenden Mittel (ausschliessliche Zulassung von Frauen) an.

Damit waren die Kriterien von Art. 4 (1) CEDAW erfüllt, um der Benachteiligung der männlichen Konkurrenten den Charakter einer rechtlich erheblichen Diskriminierung zu nehmen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Art. 3 Abs. 3 GlG – der in öffentlichen Anstellungsverhältnissen anwendbar ist – durch Art. 4 (1) CEDAW verstärkt wird. Auch diese Bestimmung ist CEDAW-konform auszulegen.

Auch im Rahmen eines asymmetrischen Verständnisses des Diskriminierungsverbots können Männer zeitweilige Sondermassnahmen zugunsten von Frauen allerdings aufgrund des **allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots** (Art. 8 Abs. 1 BV) anfechten. Ungleichbehandlungen sind aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BV zulässig, wenn Differenzierungen aus ernsthaften sachlichen Gründen getroffen werden und wenn sie verhältnismässig sind. Die im vorliegenden Fall auf Frauen beschränkte Ausschreibung der universitären Aufstiegsstelle basierte auf einem qualifizierten öffentlichen Interesse und damit zweifellos auf einem triftigen sachlichen Grund. Die auf Frauen beschränkte Ausschreibung («Quote») verletzte deshalb das allgemeine Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV nicht, solange der Eingriff nicht als unverhältnismässig zu betrachten ist.

Es lässt sich diskutieren, ob eine **formelle gesetzliche Grundlage** für die Anordnung der (zeitweiligen) Sondermassnahme nötig ist, wie dies das Bundesgericht annahm. Die Bestimmungen des Übereinkommens sind für diese Diskussion nur indirekt relevant. Einschränkungen von Grundrechten sind nach dem – auf Freiheitsrechte zugeschnittenen – Art. 36 BV zulässig, wenn sie (u.a.) auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Nur im Falle eines schweren Eingriffs ist jedoch ein formelles Gesetz erforderlich, bei leichten Eingriffen genügt eine materiell-gesetzliche Grundlage. Führt man diese Differenzierung im Zusammenhang mit der Garantie der Rechtsgleichheit weiter, muss die Anforderung an die gesetzliche Grundlage abgestuft werden, je nachdem wie gewichtig die Gründe für unterschiedliche Behandlungen mittels Sondermassnahmen sind und wie stark, d.h. auch wie lange, diese Männer ausschliessen. Es sei an dieser Stelle bemerkt, dass nach der höchstrichterlichen Praxis unter Umständen auch die Rechtsanwendung befugt ist, Differenzierungen im Rahmen der Rechtsgleichheit zu treffen. In diesen Fällen wird die gesetzliche Grundlage für die Differenzierung direkt aus dem Gleichheitssatz der Verfassung hergeleitet. Ob dies im dargestellten Fall angerufen werden kann, liesse sich diskutieren. Immerhin lässt sich das Argument nicht von der Hand weisen, dass das multipolare diskriminierungsrechtliche Spannungsfeld zwischen Förderung von Frauen (als Gruppe) sowie einzelner Kandidatinnen auf der einen und Benachteiligung von einzelnen Männern auf der anderen Seite für eine solide gesetzliche Grundlage spricht, welche einen politisch legitimierten Rahmen für die Diskussion der Verhältnismässigkeit des individuellen Eingriffs setzen kann.

Die Perspektive von CEDAW, welche der Förderung von temporären Sondermassnahmen bei der Bekämpfung von Diskriminierung eine wichtige Bedeutung beimisst, lässt zudem historische Argumente, die das Bundesgericht in der Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GlG heranzog, gegenüber systematischen Argumenten und einer völkerrechtskonformen Auslegung in den Hintergrund rücken, zumal die Entstehungsgeschichte von Art. 3 Abs. 3 GlG interpretationsbedürftig ist.

Allgemeine Empfehlung Nr. 25/2004 on Temporary Special Measures
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf

Vgl. auch die Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, vermehrt temporäre Sondermassnahmen zu ergreifen, in den Abschliessenden Bemerkungen zum 4/5. Länderbericht der Schweiz von 2016, N. 21
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (inoffizielle deutsche Übersetzung)
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen), Ziff. 20/1.

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zum Diskriminierungsbegriff (Art. 1) und den Verpflichtungen der Vertragsstaaten gemäss Art. 2, zitiert in Teil 6; http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 2: Erwerbsleben
Ausschluss einer Bewerberin aus dem Anstellungsverfahren

Sachverhalt

Die römisch-katholische Kirchgemeinde G. des Kantons Z. (eine öffentlich-rechtliche Körperschaft) schreibt die Stelle eines Pfarrers zur Führung des Pfarramtes aus. Es bewerben sich acht Männer und eine Frau. Die Frau wird von der Pfarrwahlkommission der Kirchgemeinde unter Hinweis auf ihr Geschlecht bzw. das Verbot der Weihe von Priesterinnen (Frauenordination) aus dem Verfahren ausgeschlossen.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung; Art. 3 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG, SR 151.1) wären nach grammatikalischer Auslegung anwendbar: Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus sind grundsätzlich dem Staat zuzurechnen, weshalb Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts unzulässig sind. Die Botschaft des Bundesrates zum Gleichstellungsgesetz scheint dies aufgrund des religiösen Hintergrunds aber zu verneinen.

«Grundsätzlich darf das Geschlecht nicht als Kriterium verwendet werden. Es kann allerdings in einigen genau festgelegten Fällen ein wesentliches Merkmal für die Ausübung einer Arbeit sein. Dies ist der Fall für Berufe der darstellenden Kunst oder der Modebranche (Schauspielerinnen und Schauspieler, Sängerinnen und Sänger, Mannequins und Dressmen, Modelle usw.). Auch besondere Umstände können dazu führen, dass ein bestimmtes Geschlecht wesentlich ist, beispielsweise für Arbeitsplätze in einer Sozialeinrichtung, die nur für Personen des einen Geschlechts bestimmt ist (z. B. ein Frauenhaus), oder wo religiöse Gründe dies gebieten wie bei Priestern. Soweit das Merkmal des Geschlechts als Auswahlkriterium sachlich gerechtfertigt ist, liegt keine Diskriminierung vor.» (Botschaft GlG 24.2.1993, BBl 1993 I 1248, S. 1297).

Im Übrigen vermittelt Art. 5 Abs. 2 GlG lediglich ein Recht auf Entschädigung (und kein Recht auf Verfahrenseinbezug oder gar Anstellung). Das Bundesgericht würde eine entsprechende Beschwerde vermutlich abweisen. Dabei handelt es sich vereinfacht gesagt um einen Konflikt zwischen dem Geschlechterdiskriminierungsverbot (welches durch die öffentlich-rechtliche Körperschaft ebenso zu beachten ist wie die Vorgaben des GlG) und dem Verbot der Einmischung in innerkirchliche Angelegenheiten aufgrund der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV. Die Botschaft verkennt, dass

öffentlich-rechtliche Körperschaften anders als rein privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften («Tendenzbetriebe») wie staatliche Einheiten zu betrachten sind, weshalb sie *direkt* an Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV gebunden sind.

Argumentation mit CEDAW

Art. 2 und Art. 7 CEDAW sind hier einschlägig. Sie verpflichten die Vertragsstaaten, mit gesetzgeberischen und anderen Massnahmen für die rechtliche und tatsächliche Verwirklichung der Gleichberechtigung zu sorgen (Art. 2 lit. a) und sicherzustellen, dass staatliche Behörden und öffentliche Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln (Art. 2 lit. d). Art. 7 verpflichtet zu geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen und zur Gewährleistung gleicher Rechte hinsichtlich der Bekleidung öffentlicher Ämter auf allen Ebenen (Art. 7 lit. b). Verschiedene Allgemeine Empfehlungen des Frauenrechts-Ausschusses unterstreichen die Bedeutung dieser Bestimmungen:

Allgemeine Empfehlung Nr. 28/2010: «35. Paragraph 2 (d) establishes an obligation of States parties to abstain from engaging in any act or practice of direct or indirect discrimination against women. States parties must ensure that State institutions, agents, laws and policies do not directly or explicitly discriminate against women. They must also ensure that any laws, policies or actions that have the effect or result of generating discrimination are abolished.»

Allgemeine Empfehlung Nr. 23/1997, N. 10 allgemein: «In all nations, the most significant factors inhibiting women's ability to participate in public life have been the cultural framework of values and religious beliefs (…)» Zu Art. 7 lit. b: «The right to hold public office and to perform all public functions (article 7, para. (b)): 30. The examination of the reports of States parties demonstrates that women are excluded from top-ranking positions in cabinets, the civil service and in public administration (…).»

Ferner kann mit Art. 11 Abs. 1 lit. b CEDAW argumentiert werden. Diese Bestimmung verbietet staatlichen und privaten Arbeitgebern, Bewerberinnen bei der Einstellung zu diskriminieren oder Stellenanforderungen zu formulieren, die nur von Männern erfüllt werden können.

Allgemeine Empfehlungen in:
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Vgl. auch die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 31 und 37
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung)
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (alle UNO-Sprachen)

Im konkreten Fall

Im konkreten Fall bieten sich zwei Argumentationsmöglichkeiten an:

- Das Verbot der Frauenordination knüpft direkt und unmittelbar an das weibliche Geschlecht an, ohne dass hierfür biologische oder funktionale Gründe vorliegen würden. Die öffentlich-rechtliche Anerkennung verleiht den betreffenden Religionsgemeinschaften Hoheitsgewalt über ihre Mitglieder und stattet sie mit vielfältigen (staatlichen) Privilegien aus wie dem Recht zur Steuererhebung und dem Zugang zu Daten der Einwohnerkontrolle. Die Nichtanstellung aufgrund des Geschlechts durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft verletzt das Diskriminierungsverbot in Art. 2 lit. d CEDAW.
- Andererseits muss auch eine völkerrechtskonforme Interpretation des Gleichstellungsgesetzes – im Lichte von Art. 2 lit. d, Art. 7 lit. b und Art. 11 Abs. 1 lit. b CEDAW – das Anliegen des Schutzes innerkirchlicher Autonomie zurückdrängen.

Vgl. dazu auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 2 lit. d, zitiert in Teil 6: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 3: Erwerbsleben Lohngleichheit

Sachverhalt

Mehrere Berufsverbände im Gesundheitswesen (darunter der Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK und der Schweizerische Hebammenverband) sowie 13 Angehörige dieser Berufe verlangten vom St. Galler Verwaltungsgericht die Feststellung, dass ihre Lohneinstufung diskriminierend ist. Parallel zu dieser Feststellungsklage verlangten die Einzelklägerinnen die Auszahlung der Differenz zwischen dem effektiv ausbezahlten Lohn und dem Lohn, auf den sie nach ihrer Auffassung Anspruch gehabt hätten, rückwirkend auf fünf Jahre. Der vom St. Galler Verwaltungsgericht beauftragte Gutachter verglich die Pflegeberufe mit dem typischen Männerberuf des Polizisten und stellte fest, dass drei der typischen Frauenberufe, für die eine Neueinstufung verlangt wurde, nicht nur nicht benachteiligt, sondern gegenüber dem Polizisten sogar zu hoch eingestuft waren. Dagegen kam das Gutachten bei zwei Berufsgruppen – den Krankenschwestern und den Hebammen (Wortlaut Verwaltungsgericht SG) – zum Schluss, dass sie im Vergleich zu den Polizisten tatsächlich zu wenig Lohn erhielten. Die Analyse zeigte ausserdem, dass die Krankenschwestern und die Hebammen auch im Vergleich zu anderen Frauenberufen und zu einem geschlechtsneutralen Beruf zu tief eingestuft waren (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 8C_1012/2010 vom 31.08.2010, teilweise publiziert in BGE 136 II 393; Zusammenfassung auf www.gleich-

stellungsgesetz.ch SG/14). Zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Beschwerden betreffend kollektiver Lohndiskriminierung siehe auch BGE 142 II 49 und 144 II 65.

Anwendbares Schweizer Recht

Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 Bundesverfassung haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Dieses verfassungsmässige Individualrecht wird in Art. 3 und 5 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG, SR 151.1) konkretisiert.

Gemäss dem St. Galler Verwaltungsgericht liegt keine geschlechtsbedingte Diskriminierung der Krankenschwestern und Hebammen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GlG vor, da sie auch im Vergleich mit verschiedenen weiblich dominierten sowie einem neutralen Beruf eine zu tiefe Einstufung aufwiesen. Diese würden daher nur mit Blick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV zu schlecht entlöhnt.

Das Bundesgericht hob das Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts auf und hiess die Beschwerde der Krankenschwestern und Hebammen gut. Gemäss Bundesgericht ist es nicht plausibel, warum Ungleichheiten innerhalb weiblich dominierter Berufe eine geschlechtsspezifische Diskriminierung ausschliessen sollen. Der Arbeitgeber könne nicht eine Diskriminierung durch eine andere rechtfertigen (BGE 127 III 207). Somit sei eine Lohndiskriminierung auch möglich, wenn der Arbeitgeber die Angestellten des gleichen Geschlechts ungleich behandle. Das Bundesgericht hält fest, dass es dem Kanton als Arbeitgeber nicht gelungen sei, den Beweis für eine nicht im Geschlecht der Beschwerdeführerinnen begründete Schlechterstellung der Entlöhnung zu erbringen.

Argumentation mit CEDAW

Art. 2 lit. c und d sowie **Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW** können hier, ebenso wie in vergleichbaren Lohndiskriminierungsfällen, ergänzend und konkretisierend herangezogen werden.

- Art. 2 lit. c CEDAW verpflichtet die Schweizer Gerichte, das in Art. 3 GlG statuierte Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Lohngleichheit von Frau und Mann wirksam anzuwenden; Art. 2 Bst. d CEDAW nimmt die staatlichen Behörden als Arbeitgeber direkt in die Pflicht.
- Art. 11 Abs. 1 lit. d CEDAW hält das Recht auf gleiches Entgelt sowie auf Gleichbehandlung bei gleichwertiger Arbeit fest und weist damit auf die Tatsache hin, dass die Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt zu indirekter Lohndiskriminierung in weiblich dominierten Berufskategorien führt. Der Grundsatz des gleichen Lohns für gleichwertige Arbeit ist daher insbesondere mit Blick auf die lohnmässige Bewertung von typischen Frauenberufen im Vergleich zu typischen Männerberufen von Bedeutung.

Die Allgemeine Empfehlung Nr. 13/1989 unterstreicht die Bedeutung des Grundsatzes «gleicher Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit» und empfiehlt den Konventionsstaaten, die Erforschung, Entwicklung und die

Übernahme von Arbeitsbewertungssystemen anzustreben, die auf geschlechtsunabhängigen Kriterien basieren und damit den Vergleich zwischen frauendominierten und männerdominierten Arbeitsplätzen erleichtern, und die Resultate in ihren Berichten an den Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau vorzulegen.

Allgemeine Empfehlung Nr. 13/1989
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses zum Dritten Staatenbericht den Schweizer Behörden ausdrücklich empfehlen, «weiterhin an der Entwicklung von Arbeitsplatzbewertungssystemen zu arbeiten, mit dem Ziel die Lohndifferenz zu verringern und schliesslich aufzuheben» (N. 38). Das beanstandete Lohnsystem des Kantons St. Gallen beruht tatsächlich nicht auf einer systematischen Arbeitsplatzbewertung. Auch in den Empfehlungen zum Vierten/Fünften Staatenbericht findet sich die Aufforderung, die Anstrengungen zur Beseitigung des Lohngefälles zu verstärken.

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 37
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung)
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Abschliessende Bemerkungen 2009 des Ausschusses CEDAW zum Dritten Staatenbericht der Schweiz, N. 38
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. dazu auch die **«Views» des Ausschusses zu Art. 2 lit. c,** zitiert in Teil 6:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 4: Erwerbsleben
Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Sachverhalt

Die Angestellte eines Bistums beklagt sich, sie habe auf ihrem Computer am Arbeitsplatz mehrere sexistische Mails erhalten, die an das ganze Personal der Diözese verschickt wurden und deren Inhalt für sie als Frau und als Christin sehr verletzend seien. Es handelt sich insbesondere um ein Zitat von Flaubert, wonach «die Frauen der einen die andern glücklich machen». Ein anderes Beispiel: «Seid nicht gemein zu den Frauen … Das erledigt die Natur im Lauf der Zeit selbst.»

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 328 OR / Art. 4, 5 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG, SR 151.1) / Art. 6 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG, SR 822.11) / Art. 2 Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3, SR 822.113).

Es stellt sich die Frage, inwiefern die Mails (mit sexistischen, aber nicht im eigentlichen Sinne sexuellen Inhalten) der Definition von sexueller Belästigung gemäss Art. 4 des Gleichstellungsgesetzes entsprechen. Nach diesem Artikel ist sexuelle Belästigung ein Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde einer Person am Arbeitsplatz verletzt. Die Arbeitgebenden sind verpflichtet, ihr Personal gegen sexuelle Belästigung durch Vorgesetzte, Kolleginnen und Kollegen oder Dritte zu schützen (Art. 328 OR). Wenn sie die zur Verhinderung und Beendigung einer sexuellen Belästigung nötigen Massnahmen nicht ergreifen, können sie zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt werden (Art. 5 Abs. 3 GlG).

Die Schweizer Gerichte haben sich bisher noch nicht klar zur Frage geäussert, inwiefern Artikel 4 GlG auf ein belästigendes Verhalten, das zwar frauenfeindlich, aber nicht im engeren Sinn sexuell ist, angewendet werden kann. Die Lehre ist in dieser Frage gespalten. Manche Autorinnen sind der Ansicht, in diesem Fall könne nur Art. 3 GlG zur Anwendung kommen; andere finden, sexistische Belästigung falle sehr wohl unter Art. 4 GlG und könne somit zu einer Entschädigung nach Art. 5 Abs. 3 GlG berechtigen.

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass für die Angestellten der Diözese die persönliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes (Art. 3 lit. a ArG) nicht greift, weil sie zum Verwaltungspersonal gehört, keine spirituelle Aufgabe hat und auch nicht Ordensschwester ist (vgl. die entsprechende Wegleitung zu Art. 3 ArG, https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz%20und%20Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-ArG/ArG_art03.pdf.download.pdf/ArG_art03_de.pdf)

Argumentation mit CEDAW

Frau M. kann verlangen, dass Art. 328 OR sowie Art. 4 und 5 GlG völkerrechtskonform ausgelegt werden müssen, d.h. im Lichte von **Art. 11 Abs. 1 lit. f** in Verbindung mit **Art. 5 CEDAW**.

Art. 11 Abs. 1 lit. f CEDAW schützt die Gesundheit am Arbeitsplatz. Zwar wird im CEDAW-Text sexuelle Belästigung nicht ausdrücklich erwähnt, doch der CEDAW-Ausschuss präzisiert, dass die Gleichbehandlung im Berufsleben ernsthaft gefährdet werden kann, wenn Frauen der geschlechtsbezogenen Gewalt, z. B. der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ausgesetzt sind (vgl. Allgemeine Empfehlung Nr. 19/1992, N. 17). Art. 5 lit. a CEDAW verpflichtet die Staaten, alle geeigneten Massnahmen zu ergreifen, «um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken und 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». Im Lichte dieser Bestimmungen ist anzuerkennen, dass das Verbot der sexuellen Belästigung auf belästigendes Verhalten abzielt, das auf der Vorstellung von Unterlegenheit bzw. Überlegenheit des einen oder des andern Geschlechts oder auf männlichen und weiblichen Rollenstereotypen basiert, seien diese nun sexueller Natur im engeren Sinn oder nicht.

Vgl. dazu auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 5, zitiert in Teil 6: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 5: Erwerbsleben
Freistellung wegen Schwangerschaft

Sachverhalt

Frau M. bekleidet eine Kaderposition in einem Unternehmen und ist im 6. Monat schwanger. Ihr Vorgesetzter eröffnet ihr, dass sie ab sofort und bis zur Geburt ihres Kindes freigestellt sei. Die Begründung lautet folgendermassen: In der Abteilung von Frau M. steht ein grosses Reorganisationsprojekt an, und da aufgrund von Frau M.s fortgeschrittener Schwangerschaft mit vielen Absenzen zu rechnen sei, könne sie die Projektleitung für diese komplexe Reorganisation nicht übernehmen. Für diese Projektleitung wurde bereits eine jüngere Mitarbeiterin befristet angestellt.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 319 Abs. 1 OR, 328 OR, Art. 3 Abs. 2 GlG

Es stellt sich zunächst die Frage, ob ein Beschäftigungsanspruch von Frau M. als Arbeitnehmerin besteht (Art. 319 OR). Die neuere Lehre bejaht dies, während das Bundesgericht dies lediglich für Berufsgruppen bejaht, bei denen die Beschäftigung auch dem Erhalt der Berufsfähigkeit (z.B.

Pilot/innen, Künstler/innen, Profifussballer) gilt oder bei Kadermitgliedern mit langer Kündigungsfrist.

Die Beschäftigungspflicht wird aus dem Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328) abgeleitet: Arbeit bedeutet nicht nur Broterwerb sondern Entwicklung und Verwirklichung der Persönlichkeit. Die Weigerung, die Arbeitsleistung entgegen zu nehmen, drückt Geringschätzung der Arbeitnehmerin aus.

Die Freistellung von Frau M. stellt eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GlG dar; die Aufzählung ist nicht abschliessend. Frau M. wurde aufgrund ihrer Schwangerschaft freigestellt, dies stellt eine direkte Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts dar. Auch für den Fall, dass die Beschäftigungspflicht verneint wird, ist Frau M.s Freistellung klar rechtswidrig, da geschlechtsdiskriminierend. Zudem besteht der Verdacht, dass mit dieser Freistellung das Kündigungsverbot während der Sperrfrist (Art. 336c OR) umgangen werden soll.

Argumentation mit CEDAW

Frau M. kann verlangen, dass Art. 319 und 328 OR sowie Art. 3 GlG völkerrechtskonform und verfassungsrechtskonform ausgelegt werden müssen, d.h. im Lichte von **Art. 2** und **Art. 11 Abs. 1 und 2 CEDAW** und Art. 8 Abs. 3 BV.

Frau M. kann sich nebst den arbeitsrechtlichen Bestimmungen und dem GlG insbesondere auf Art. 11 CEDAW berufen. Art. 11 Abs. 1 lit. b und c CEDAW geben Frau M. ein Recht auf die gleichen Arbeitsmöglichkeiten und Arbeitsbedingungen. Als Kaderfrau werden mit der Freistellung auch Frau M.s weitere beruflichen Aufstiegsmöglichkeiten gefährdet. Im Lichte von Art. 11 Abs. 2 CEDAW, welcher die Beseitigung von Diskriminierungen wegen Mutterschaft und Ehestand explizit gebietet, ist dies unzulässig.

Art. 2 lit. c CEDAW verpflichtet die Schweizer Gerichte, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen und das GlG diskriminierungsfrei anzuwenden;
Art. 2 lit. e CEDAW enthält die Verpflichtung, Massnahmen zur Beseitigung von Diskriminierung durch Unternehmen zu ergreifen.

Vgl. dazu auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 2 lit. c, 11 Abs. 2 lit. b, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 6: Sozialversicherungsrecht
IV-Rentenberechnung aufgrund des hypothetischen Einkommens

Sachverhalt

Frau F. lebt seit acht Jahren getrennt von ihrem Ehemann und ist Mutter von zwei Töchtern, welche unter ihrer Obhut stehen. Sie erhält Unterhalt für die Kinder sowie tiefe Frauenalimente. Seit der Trennung hat sie mit steigendem Alter ihrer Kinder jedes Jahr mehr gearbeitet, zuletzt 50 Prozent als Fachverkäuferin. Verdienst und Alimente reichen nur knapp zur Deckung des Existenzminimums. Sie ist 38 Jahre alt, als bei ihr im Frühling 2009 nach akuter schwerer Erkrankung und Spitalaufenthalt Multiple Sklerose diagnostiziert wird. Dieser MS-Schub führt trotz Rehabilitation zu schwerwiegenden, bleibenden Schädigungen des Gehirns. Seither leidet sie unter massiven Schwäche- und Erschöpfungszuständen (fatigue), Konzentrationsstörungen und Gedächtnisverlust und ist zu 100 Prozent krankgeschrieben. Gestützt auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch das Spital wird Anfang 2010 ein IV-Verfahren eingeleitet. Gleichzeitig reicht der Ehemann die Scheidung ein. Die Kinder sind im Moment der Erkrankung 12 bzw. 14 Jahre alt und im Moment der Gesuchseinreichung 13 und 15 Jahre alt.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 28 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20), Art. 16 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) (Grad der Invalidität)

Das Gesuch von Frau F. betreffend einer vollen IV-Rente wird unter anderem mit der Begründung abgelehnt, es sei nicht erhärtet, dass die Klientin in den nächsten Jahren ein Valideneinkommen auf der Basis eines Beschäftigungsgrades von 80 Prozent erwirtschaften wollte.

Der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)** hat im Februar 2016 die Beschwerde einer Schweizerin gutgeheissen, mit der Begründung, dass die von der Schweiz angewandte Invaliditätsbemessung für Teilzeitbeschäftigte frauendiskriminierend sei (EGMR-Urteil vom 2. Februar 2016 [7186/09]; Revisionsurteil des Bundesgerichts in BGE 143 I 50). Das Bundesgericht hielt in der Folge auch in BGE 143 I 60, Regeste, fest, dass eine Rentenherabsetzung EMRK-widrig sei, wenn «allein familiäre Gründe (die Geburt von Kindern und die damit einhergehende Reduktion des Erwerbspensums) für einen Statuswechsel von ’vollerwerbstätig’ zu ’teilerwerbstätig’ (…) sprechen».

Argumentation mit CEDAW

Frau F. kann verlangen, dass die Sozialversicherungsgesetzgebung völkerrechtskonform (und verfassungskonform) ausgelegt werden muss, d.h. im Lichte von **Art. 2 lit. d** und **Art. 11 Abs. 1 lit. e CEDAW** sowie Art. 8 Abs. 3 BV.

Laut Art. 11 Abs. 1 lit. e CEDAW haben die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen zu treffen, um den Frauen gleiche Rechte mit Bezug auf soziale Sicherheit, im Besonderen bei Invalidität zu gewährleisten. Damit ist es Aufgabe der Behörden, in den Sozialversicherungen strukturelle Diskriminierung zu bekämpfen, die auf der genderstereotypen Annahme beruht, dass Frauen mit Kindern ihren Beschäftigungsgrad tief halten. Im vorliegenden Fall ist besonders stossend, dass die Scheidungsrechtspraxis von der gegenteiligen Annahme ausgeht. Die zitierte Praxis zur IV-Rente verkennt die Wechselwirkungen, welche zwischen der Berechnung des hypothetischen Einkommens nach ATSG/IVG und der Scheidungsrechtspraxis bestehen. Letztere verpflichtet Frauen zu einer Steigerung der Erwerbstätigkeit mit zunehmendem Alter der Kinder. Seit der letzten Familienrechtsrevision im Jahre 2000 werden den Ehefrauen mit Kindern im Alter von 13 und 15 Jahren in der Regel keine Frauenalimente mehr zugesprochen. Es wird von ihnen erwartet, dass sie mit steigendem Alter der Kinder wieder voll erwerbstätig sein können (50% ab obligatorischer Einschulung des jüngsten Kindes, meist mit dessen 4. Lebensjahr; 80% wenn das jüngste Kind mit 12 Jahren die Sekundarstufe I erreicht; 100% wenn das jüngste Kind 16 Jahre alt ist, BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018, E. 4.7.6).

Vgl. dazu auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 2 lit. d, zitiert in Teil 6: http://www2.ohchr.org/english/law/jurisprudence.htm; http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 7: Eherecht
Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Sachverhalt

Frau M. ist 59 Jahre, Herr M. 60 Jahre alt. Sie sind seit 29 Jahren verheiratet, kinderlos. Es kommt zur Trennung. Es ist klar, dass 2 Jahre später die Scheidung folgen wird. Die Eheleute M. lebten seit Jahren das Modell der Zuverdienstehe. Herr M. verdient rund Fr. 10'000 pro Monat. Nach rund 20 Ehejahren begann Frau M. mit einer Teilzeiterwerbstätigkeit von rund 30 Prozent. Sie ist Musiklehrerin, arbeitet rund 6 bis 9 Stunden pro Woche an zwei verschiedenen Schulen. Sie hat lange Arbeitswege. Jedes Semester werden je nach Anmeldung der Schülerinnen und Schüler die Wochenstunden festgelegt. Diese variieren zum Teil erheblich. Mit einer Erhöhung der Stundenzahl über das ihr bisher maximal Zugeteilte kann sie an beiden Schulen nicht rechnen. Frau M. befürchtet, aufgrund ihres Alters, ihrer Jahre zurückliegenden, heute nicht mehr anerkannten Ausbildung und ihrer eingeschränkten Berufserfahrung keine weiteren Verdienstmöglichkeiten in ihrem Beruf zu finden. In ihrem eher abgelegenen Wohnumkreis ist es zudem schwierig, private Schülerinnen und Schüler zu finden.

Frau M. erzielt derzeit ein Einkommen von rund Fr. 2'600 pro Monat. Ihre gesundheitliche Situation lässt grundsätzlich eine Erwerbstätigkeit über 50 Prozent nicht zu, was von Herrn M. im Verfahren anerkannt wird. Er argumentiert aber, sie könne ohne weiteres von den bisherigen 30 auf 50 Prozent aufstocken. Es liegen unbestritten bessere wirtschaftliche Verhältnisse vor.

Anwendbares Schweizer Recht

In Anwendung von Art. 176 ZGB in Verbindung mit Art. 125 Abs. 2 ZGB geht das erstinstanzliche Gericht davon aus, dass der Wiedereinstieg in das Erwerbsleben für Frau M. zumutbar ist und nimmt bereits im eheschutzrichterlichen Trennungsverfahren ein hypothetisches Einkommen an von Fr. 4'200 bei einer 50-prozentigen Erwerbstätigkeit. Frau M. erhält eine Übergangsfrist von 5 Monaten, bis einen Monat vor Beginn des nächsten Schulsemesters, um das Pensum an Schulen zu erweitern oder ihr Einkommen durch Privatunterricht zu erhöhen.

Ist mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen, sind laut Bundesgericht bei der Beurteilung der Frage der (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit der Ehefrau die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 Abs. 2 ZGB mit einzubeziehen. Das gilt für das Verfahren für Vorsorgliche Massnahmen (für die Dauer des Scheidungsverfahrens), aber auch bereits für das Eheschutzverfahren nach Art. 176 ZGB (BGE 5A_62/2011).

Das bedeutet, dass die Beurteilung der gegenwärtigen und zukünftigen Eigenversorgungskapazität nach den Kriterien von Art. 125 Abs. 2 ZGB erfolgt. Diese Kriterien sind u.a. Alter, Ausbildung, Gesundheit, Arbeitsmarkt. Ist eine Ehefrau in einer langjährigen lebensprägenden Ehe nicht erwerbstätig, an die 50 Jahre alt (die frühere Rechtsprechung setzte die Grenze auf 45 Jahre) oder älter (im Zeitpunkt der Trennung, nicht der Scheidung), ist ihr der Einstieg in den Arbeitsmarkt nicht mehr zuzumuten. Diese Vermutung kann allenfalls im Einzelfall umgestossen werden. Das Bundesgericht wendet diese Regel meist nicht an, wenn die Ehefrau bereits vor der Trennung teilzeitlich erwerbstätig war (BGE 5A_319/2016). Das Alter sei bei Vorliegen einer Zuverdienstehe nicht oder nur in beschränktem Umfang zu berücksichtigen (BGE 5A_206/2010). So wurde die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit bejaht bei Frauen zwischen 50 und 60 Jahren bei der Trennung. Das Bundesgericht prüft insbesondere, ob am Arbeitsplatz das Pensum der Erwerbstätigkeit erhöht werden kann. Ist das zu verneinen, wird die Ausdehnung eher als nicht zumutbar erachtet (u.a. BGE 5A_4/2011; 5A_340/2011). Die Erwerbstätigkeit der Frauen in diesen Fällen war zwischen 50 und 70%. Lag sie tiefer, wurde eher die Ausdehnung bejaht (BGE 5A_526/2014).

Auch die Arbeitsmarktlage ist zu berücksichtigen. Die erste Instanz hat die konkrete Situation für die 59-jährige Frau M. auf dem Arbeitsmarkt nicht wirklich geprüft. Diese Prüfung hat gemäss Bundesgericht im Detail zu erfolgen (u.a. BGE 5A_181/2017; 5A_311/2010; 5A_848/2010; 5A_515/2010; 5A_22/2010; 5C.171/2005). Indes greift das Bundesgericht nur in krassen Fällen in das Ermessen der Vorinstanzen ein, so dass sehr optimistische Arbeitsmarktprognosen, die in den vorinstanzlichen Urteilen häufig vorkommen, und die damit einhergehende Annahme eines zu hohen hypothetischen Einkommens bei Zuverdienstehen oft geschützt werden.

Argumentation mit CEDAW

Unter dem Titel der völkerrechtskonformen (und verfassungskonformen) Auslegung lassen sich **Art. 2** und **Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW** zur Beurteilung der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit und der Höhe des hypothetischen Einkommens konkretisierend und ergänzend heranziehen.
Art. 16 Abs. 1 lit. c statuiert die Verpflichtung der Vertragsstaaten, für die Beseitigung von Diskriminierungen und für die Gewährleistung gleicher Rechte und Pflichten der Ehegatten in der Ehe und bei ihrer Auflösung zu sorgen. Auch die Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 empfiehlt den Vertragsstaaten, bei der Regelung der wirtschaftlichen Folgen der Ehe den unterschiedlichen Beiträgen, welche die Ehegatten während der Ehe geleistet hatten, Rechnung zu tragen (N. 47). Dies spricht für eine differenziertere Argumentation:

- Lebten Eheleute in einer lebensprägenden langen Ehe in einer gemeinsam vereinbarten Rollenteilung, nämlich in einer Hausfrauen- oder Zuverdienstehe, welche den vollen Berufseinstieg mit 59 Jahren erheblich erschwert, ist es geschlechterdiskriminierend, wenn die mangelnde Weiterbildung und die Arbeitsmarktlage konkret zu

wenig berücksichtigt wird und der Ehefrau ein zu hohes hypothetisches Einkommen zugerechnet wird. Wohl wird immer wieder betont, dass grundsätzlich die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind; in der Praxis wird dies jedoch oft nicht genügend differenziert.

- Gerade im Trennungsverfahren ist der Frage der Weiterbildung stärker Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass es viel längere Übergangsfristen braucht, falls es der Ehefrau überhaupt zuzumuten ist, aufgrund der im Detail geprüften Arbeitsmarktlage die Erwerbstätigkeit auszudehnen. Im späteren Scheidungsverfahren ist die Sachlage dann erneut im Detail zu prüfen. Sollte sich die damalige Prognose als nicht zutreffend erweisen, muss die Trennungsregelung abgeändert werden. Eine zu kurze Übergangsfrist bis zur (Wieder-)Aufnahme / Ausdehnung der Erwerbstätigkeit vermag im Einzelfall als nicht völkerrechtskonform erscheinen.

Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 zu Art. 16 CEDAW, Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution, N. 43ff; http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 2 und Art. 16 Abs. 1.lit. c, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 8: Eherecht
Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

Sachverhalt

BGE 5A_767/2007. S. 6, Ziff. 5 = 135 III 66

Das Ehepaar S. heiratete im März 1994, die drei gemeinsamen Kinder wurden 1994, 1995 und 1997 geboren. Seit Juli 2006 leben die Eheleute getrennt. Das Obergericht des Kantons Aargau reduzierte in zweiter Instanz die vom Eheschutzrichter in erster Instanz festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge für einige Monate mit der Begründung, die Beiträge in der erstinstanzlich festgelegten Höhe hätten zur Folge, dass der Kindsvater sein eigenes Existenzminimum nicht mehr decken könne. Damit wendete das Gericht das System der einseitigen Mankoüberbindung an, wie dies der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes entspricht.

Anwendbares Schweizer Recht

Bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge (vorliegend für die drei eigenen Kinder, das gilt aber auch für die Rente an den anderen Ehegatten) ist zu prüfen, inwiefern der Unterhaltspflichtige überhaupt leistungsfähig ist. Es werden dabei die Kriterien von **Art. 125 Abs. 2 ZGB** angewendet. Reichen die beiden Einkommen für die Deckung der Bedürfnisse der Ehegatten und Kinder nicht aus, geht das Bundesgericht in ständiger Praxis davon aus, dass für alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien (insbesondere der eheliche Unterhalt und der nacheheliche Unterhalt) dem Unterhaltspflichtigen immer das volle Existenzminimum zu belassen ist. Bei der Festlegung von Kinderunterhalt kann nur ausnahmsweise in das Existenzminimum eingegriffen werden. Die unterhaltsberechtigte Person (im vorliegenden Fall die Ehefrau, welche zusammen mit den Kindern lebt) hat das Manko allein zu tragen.

Das Bundesgericht befasste sich im erwähnten Urteil mit der Frage, ob Gründe für eine Praxisänderung vorliegen würden. Es räumt zwar ein, dass die Mankoteilung allenfalls der *ratio legis* besser entsprechen würde, aber gewichtige praktische Gründe für die Weiterführung des Systems der einseitigen Mankoüberbindung sprechen. Zum einen sei die Koordination der Fürsorgebehörden für die Deckung des verteilten Mankos schwierig; zum anderen ergäben sich im Falle des verteilten Mankos Schwierigkeiten im Stadium der Zwangsvollstreckung für den Fall des Ausbleibens der Unterhaltsbeiträge, was das Risiko von Doppelzahlungen durch die öffentliche Hand erhöhe.

Das Bundesgericht räumt ein, dass jener Ehegatte, der infolge der einseitigen Mankoüberbindung Fürsorgeleistungen in Anspruch nehmen muss, mit einem Rückforderungsanspruch des Gemeinwesens konfrontiert sein kann. Die Geltendmachung der Rückforderungsansprüche würde aber von den Kantonen unterschiedlich gehandhabt. In den meisten Fällen sei offen, ob die alimentenberechtigte Person dereinst über ausreichende Mittel ver-

fügen wird, damit sich dieser Rückforderungsanspruch überhaupt je realisieren könne. Dieser Anspruch des Gemeinwesens sei deshalb nicht praxisrelevant.

Das Bundesgericht prüft weiter, ob die einseitige Mankoüberbindung gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung (Art. 8 BV) verstösst, verwirft das aber sogleich, «denn Ausgangspunkt ist unabhängig von der Art des Unterhalts die faktisch bestehende Versorgungslage. So kann ein Hausmann mit der gleichen Problematik konfrontiert sein und es stellt sich die Frage der Mankotragung auch bei der registrierten Partnerschaft, insbesondere aber beim Kindesunterhalt. Insofern sind die Ehegatten von der Verteilung des Mankos nicht in ihrer Funktion als Mann und Frau, sondern als unterhaltsverpflichteter und unterhaltsberechtigter Ehepartner betroffen.»

In der Botschaft zur Neuregelung des Kindesunterhaltsrechts hat der Bundesrat mit denselben Argumenten auf eine Änderung am geltenden Recht verzichtet (Botschaft 2013, BBl 2014, 560). Dem folgten die Räte. Das neue Kindesunterhaltsrecht gilt seit 2017, das Manko wird weiterhin einseitig dem unterhaltsberechtigten, kinderbetreuenden Elternteil auferlegt. Die Rechtsprechung wurde denn auch bestätigt (BGer 5A_553/2018 vom 2. Oktober 2018).

Argumentation mit CEDAW

Im Rahmen der völkerrechtskonformen (und verfassungskonformen) Auslegung lassen sich **Art. 2 und Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW** (Gleichberechtigung in der Ehe und bei ihrer Auflösung) und Art. 8 Abs. 3 heranziehen:

- Das Bundesgericht argumentiert aufgrund eines formellen Diskriminierungsbegriffs. Auf den ersten Blick ist das Kriterium des Bundesgerichts geschlechtsneutral. Tatsache ist aber, dass es geschlechtsspezifisch ungleiche Auswirkungen hat. Es ist aufgrund der traditionellen Rollenverteilung überwiegend die Ehefrau, welche im Falle einer Trennung oder Scheidung weiterhin mit den Kindern zusammenlebt und als Unterhaltsberechtigte das Manko trägt. Sie muss Sozialhilfe beanspruchen, um ihr Existenzminimum und das der Kinder zu decken. Insofern wirkt sich die geschlechtsneutrale Regelung auf eine Geschlechtergruppe benachteiligend aus. Die Praxis des Bundesgerichts kommt einer indirekten Diskriminierung gleich und verstösst gegen Art. 8 Abs. 2 und 3 BV und Art. 16 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 1 CEDAW, die auch materielle Diskriminierung verbieten.
- Das System der einseitigen Mankoüberbindung belastet ausschliesslich den unterhaltsberechtigten Ehegatten (wie erwähnt, meist die Ehefrau) mit der Rückzahlungspflicht für bezogene Sozialhilfeleistungen. Die Feststellung des Bundesgerichts, dies sei kaum praxisrelevant, verkennt die Tatsache, dass geschiedene Frauen im Laufe der Zeit durchaus ein Einkommen erzielen können, das über dem Existenzminimum liegt. Mit dem sinkenden Betreuungsauf-

wand für die älter werdenden Kinder wird von ihnen ja auch erwartet, dass sie eigenes Einkommen erwirtschaften. Die Frage der Rückzahlung der bezogenen Sozialhilfeleistungen kann somit durchaus aktuell werden. Im Übrigen wird bei Bezug von Sozialhilfegeldern die Erklärung verlangt, dass im Erbfall das Guthaben an das Gemeinwesen als abgetreten gilt – eine Regelung, welche infolge der einseitigen Mankoüberbindung nur den unterhaltsberechtigten Ehegatten (und damit meist die Frauen) belastet. Diese Praxis ist somit auch aus diesen Gründen als geschlechterdiskriminierend zu charakterisieren.

Die Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 zu Art. 16 CEDAW betont im Übrigen, dass die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile, die sich aus der Ehe und ihrer Auflösung ergeben, von beiden Ehegatten in gleicher Weise getragen werden sollen (N. 43ff, bes. N. 45). Die Argumentation kann sich auch direkt auf eine Empfehlung des Ausschusses an die Schweiz stützen: Er stellt in den Abschliessenden Bemerkungen 2009 zum Dritten Staatenbericht der Schweiz «mit Sorge fest, dass die im Vertragsstaat geltenden gesetzlichen Vorschriften zur Güterteilung bei einer Scheidung nicht genügend auf die unterschiedliche Situation der Ehegatten eingehen, die das Ergebnis der traditionellen Rollenverteilung im Berufsleben und in der Familie ist. Diese Rollenverteilung führt oft dazu, dass der Mann über ein erhebliches Humankapital und eine entsprechende Erwerbsfähigkeit verfügt, während bei Frauen das Gegenteil der Fall sein kann. Infolgedessen sind Ehefrauen nicht gleichermassen an den ökonomischen Folgen der Ehe und der Ehescheidung beteiligt…». Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz konkret, das Scheidungsrecht entsprechend zu revidieren (N. 41-42). Auch in den Abschliessenden Bemerkungen zum Vierten/Fünften Staatenbericht empfahl der Ausschuss der Schweiz, Massnahmen zu ergreifen, um geschlechtsspezifische und wirtschaftliche Ungleichheiten nach der Scheidung («Mankofälle») zu kompensieren, eine schweizweite Regelung zur Mankoteilung in Ergänzung des Kinderunterhaltsrechts einzuführen und für die gleichmässige Verteilung der Einkommensminderung auf beide Elternteile zu sorgen (N. 49).

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses von 2016** zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 48ff
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses von 2009 zum Dritten Staatenbericht der Schweiz
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 zu Art. 16 CEDAW, Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 16 Abs. 1 CEDAW, zitiert in Teil 6: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Vgl. auch: Christina Hausammann, Irene Grohsmann, Josefin de Pietro, Die Regelung des Unterhalts nach Trennung oder Scheidung im Mangelfall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht, Studie des SKMR zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern 2014 http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/141009_Mankostudie.pdf

---

Modellbeispiel 9: Eherecht
Aufbau der Altersvorsorge nach der Scheidung

Sachverhalt

Die Eheleute waren 21 Jahre verheiratet, die beiden Kinder sind im Zeitpunkt der Scheidung 17 und 11 Jahre alt. Die Ehefrau ist zu 50 Prozent erwerbstätig und kann infolge der Betreuungspflichten die Erwerbstätigkeit nicht ab sofort auf 100 Prozent erhöhen. Es liegen bessere finanzielle Verhältnisse vor. Es wird ein Unterhaltsbeitrag festgelegt, welcher zusammen mit ihrem eigenen Teilzeiterwerbseinkommen den bisherigen gebührenden Bedarf für sie und die Kinder deckt. Die Unterhaltspflicht endet mit dem 16. Altersjahr des 2. Kindes. Die Ehefrau beanstandet die Höhe und die Dauer der Unterhaltsbeiträge.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 125 ZGB, Art. 124b Abs. 3 ZGB

Beim Entscheid, ob und in welcher Höhe Beiträge für den nachehelichen Unterhalt geschuldet sind, müssen laut Art. 125 Abs. 2 ZGB verschiedene Kriterien berücksichtigt werden (die Aufgabenteilung während der Ehe; die Dauer der Ehe; die Lebensstellung während der Ehe; das Alter und die Gesundheit der Ehegatten; Einkommen und Vermögen der Ehegatten; der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder; die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person; die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder

einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen).

In der Praxis der Gerichte besteht bei Ehen über 10 Jahre mit gemeinsamen Kindern die Vermutung, dass sie «lebensprägend» sind: Die Berechnung knüpft am in der Ehe zuletzt gemeinsam gelebten Lebensstandard an. Bei genügender Leistungsfähigkeit des/der Unterhaltspflichtigen hat der/die Unterhaltsberechtigte einen Anspruch auf Fortführung dieser Lebenshaltung. Sofern der unterhaltsberechtigte Ehegatte den gebührenden Unterhalt nicht selber finanzieren kann (mangelnde Eigenversorgungskapazität), hat er Anspruch auf einen entsprechenden Beitrag.

Mit der Auflösung der Ehe wird auch der gemeinsame Aufbau der Altersvorsorge beendet. Vorsorgelücken, die bis zur Scheidung entstanden sind, werden gemeinsam getragen: Die AHV-Guthaben bis zur Auflösung der Ehe werden zwischen den Ehegatten gesplittet, die während der Ehe geäufneten Austrittsleistungen der Pensionskassenguthaben werden halbiert. Lassen sich Ehegatten im Erwerbsalter scheiden, sind aber ihre Zukunftsperspektiven in der Altersvorsorge oft sehr unterschiedlich. Für den unterhaltsberechtigten Ehegatten, der zumindest in einer ersten nachehelichen Phase noch minderjährige Kinder betreut, deshalb nur teilzeitlich, oft zu einem kleineren Lohn erwerbstätig ist und meist auch infolge der Aufgabenteilung während der Ehe deutlich weniger Erfahrung und Aufstiegschancen auf dem Arbeitsmarkt hat, entstehen neue Lücken. Er hat im Vergleich zum ununterbrochen und voll berufstätigen Ehegatten gravierende Nachteile im weiteren Aufbau der erwerbsabhängigen Altersvorsorge zu gewärtigen.

Zum gebührenden Unterhalt, den der Unterhaltspflichtige zu leisten hat, gehört nach bundesgerichtlicher Praxis auch der Betrag, der zum Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge für den unterhaltsberechtigten Ehegatten erforderlich ist (vgl. dazu BGE 135 III 158, mit einer möglichen Berechnung dieses Vorsorgeunterhaltes, und BGE 5A_101/2017, E.6). Trotz diesen Entscheiden wird in der Praxis der erstinstanzlichen Gerichte aber oft kein oder ein viel zu tiefer Betrag als Vorsorgeunterhalt festgelegt. Dazu kommt, dass die Unterhaltsrente für den Ehegatten in der Regel zeitlich befristet wird, bei Ehen mit Kindern meist bis zum Eintritt des jüngsten Kindes in das 16. Altersjahr. Diese Zeitspanne reicht oft angesichts der begrenzten Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten gar nicht aus, um die zu erwartenden Nachteile des unterhaltsberechtigten Ehegatten beim Aufbau der Altersvorsorge auszugleichen.

Mit dem seit 2017 geltenden Unterhaltsrecht für Kinder setzt sich der Unterhaltsbetrag für Kinder und Jugendliche zusammen aus dem Barbedarf (die effektiven Lebenskosten abzüglich den Kinder- bzw. Ausbildungszulagen) und neu dem Betreuungsunterhalt, sofern das Kind ganz oder teilweise vom unterhaltsberechtigten Elternteil betreut wird. D.h. der Betreuungsunterhalt deckt die wirtschaftlichen Kosten des betreuenden Elternteils

(vgl. BGE 5A_454/2017), ist aber Teil des Kindesunterhaltes. Die Unterhaltsbeiträge für die Kinder sind dadurch weit höher als bisher, während der persönliche Unterhaltsbeitrag an den betreuenden Elternteil viel tiefer ist. In sehr vielen Fällen reicht die Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Elternteils nicht aus, um nebst dem Kindesunterhalt und einem allfälligen Unterhaltsbeitrag an den betreuenden Elternteil noch einen Vorsorgeunterhalt zu leisten. In solchen Fällen wäre zu prüfen, ob ein Vorsorgeunterhalt vom Zeitpunkt an zu leisten ist, wenn die Unterhalts- und Betreuungsbeiträge gemäss Praxis reduziert werden oder gar wegfallen (spätestens mit Erreichen des 16. Altersjahres des jüngsten Kindes). Ob die Praxis solchen Überlegungen in ausreichendem Ausmasse folgen wird, wird sich weisen. Schliesslich erlischt eine Unterhaltsrente mit der Wiederverheiratung des berechtigten Ehegatten von Gesetzes wegen, wenn die Ehegatten nichts anderes vereinbaren (Art. 130 Abs. 2 ZGB).

Gemäss Art. 124b Abs. 3 ZGB kann das Gericht die überhälftige Teilung der Austrittsleistungen anordnen, wenn der berechtigte Ehegatte nach der Scheidung die Betreuung der gemeinsamen Kinder übernimmt und dem verpflichteten Ehegatten eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verbleibt. Die überhälftige Teilung und der Vorsorgeunterhalt müssen untereinander koordiniert werden. Fehlt es dem verpflichteten Ehegatten an den Mitteln zur Zahlung eines Vorsorgeunterhalts, wäre denkbar, diese seiner Austrittsleistung zu entnehmen, wenn die Voraussetzungen für eine überhälftige Teilung vorliegen (FamKomm Scheidung, Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], Bern 2017, Jungo/Grütter zu Art. 124b, N 26 ff).

Argumentation mit CEDAW

Im Rahmen der völkerrechtskonformen (und verfassungskonformen) Auslegung lassen sich **Art. 2** und **Art. 16 Abs.1 lit. c CEDAW** (Pflicht zur Beseitigung der Diskriminierung und Gewährleistung der Gleichberechtigung in der Ehe und nach ihrer Auflösung), die **Empfehlung Nr. 29/2013** zu den wirtschaftlichen Folgen von Ehe, Familienbeziehungen und Eheauflösung (im Besonderen N. 43ff, N. 47) sowie **Art. 11 Abs. 1 lit. e** (Pflicht zur Beseitigung der Diskriminierung und Gewährleistung der Gleichberechtigung hinsichtlich der sozialen Sicherheit) heranziehen, um im Sinne einer besseren Berücksichtigung der tatsächlichen Unterschiede in der Situation von geschiedenen Frauen und Männern in der Altersvorsorge zu argumentieren.

- Die Zahl der verheirateten Frauen, welche einer eingeschränkten Erwerbstätigkeit nachgehen, ist um ein Vielfaches höher als die Zahl der teilzeiterwerbstätigen verheirateten Männer. Dies steht in engem Zusammenhang mit der unbezahlten Kinderbetreuungsarbeit, welche nach wie vor mehrheitlich von den Müttern geleistet wird. Im Falle einer Scheidung sind es auch mehrheitlich die Mütter, welche die Betreuungsarbeit für Kinder übernehmen. Wird der unbezahlten Kinderbetreuungsarbeit nach der Scheidung nicht oder zu wenig Rechnung getragen, indem die entstehenden Vorsorgelücken

infolge Teilzeitarbeit während dieser nachehelichen Betreuungsjahre nicht gedeckt werden, so liegt eine indirekte Diskriminierung vor.

- Die stereotype Begrenzung der nachehelichen Unterhaltspflicht auf den Zeitpunkt der Aufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit kann ebenfalls eine faktische Diskriminierung bedeuten, wenn damit der zu erwartende Nachteil hinsichtlich der Altersvorsorge, welcher auf die Aufgabenteilung während der Ehe und in der Betreuung der Kinder zurückzuführen ist, nicht ausgeglichen ist.
- Dies gilt auch für die automatische Erlöschung des Rentenanspruchs mit der Wiederverheiratung: Dies kann einer Diskriminierung gleichkommen, wenn die Unterschiede hinsichtlich der Altersvorsorge noch nicht ausgeglichen sind.

General Recommendation No. 29/2013 zu Art. 16, «Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution», N. 43ff; http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 16 Abs. 1, zitiert in Teil 6: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 10: Eherecht

Aufteilung ehelicher Güter bei Scheidung

Sachverhalt

In einem eheschutzrichterlichen Trennungsverfahren wird bei der Festlegung des gebührenden Unterhaltes der Ehefrau vorweg vom erheblichen Einkommen des allein- und gutverdienenden Ehemannes die Sparquote abgezogen. Die Sparquote ist erheblich. Gleichzeitig wird die Gütertrennung angeordnet, wenn die Ehegatten einen entsprechenden Antrag stellen und wirtschaftliche Interessen gefährdet sind (BGE 5A_945/2014).

Anwendbares Recht

Nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes basiert der Unterhaltsanspruch auf Art. 163 ff ZGB. Ist jedoch in diesem Zeitpunkt bereits die Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, sind die Kriterien für die Festlegung des Unterhalts nach der Scheidung, Art. 125 ZGB, analog beizuziehen. Bei der Berechnung des gebührenden Unterhalts wird dabei vorweg die Sparquote abgezogen (u.a. BGE 5A_912/2010, 5A_798/2013 und 5A_776/2015). Diese verbleibt bei jenem, der das Vermögen geäufnet hat, in vielen der Fälle beim allein- oder mehrverdienenden Ehemann.

Argumentation mit CEDAW

Die fehlende Teilung der Sparquote benachteiligt den nicht- oder schlechterverdienenden Ehepartner – in aller Regel die Ehefrau, welche die Kinder und den Haushalt betreut hat. Diese indirekte Diskriminierung ist mit Art. 16 Abs. 1 lit. c CEDAW (gleiche Rechte während der Ehe und bei ihrer Auflösung) nicht vereinbar. Dies macht die Allgemeine Empfehlung Nr. 29/2013 über die wirtschaftlichen Folgen von Ehe, Familienbeziehungen und Eheauflösung in N. 43ff (bes. N. 44, 47) deutlich. Auch nicht-finanziellen Beiträgen zur Äufnung ehelicher Güter (in Form von Haushalt- und Familienbetreuung, Beiträgen zur Karriereentwicklung des anderen Ehegatten) soll in der gleichberechtigten Aufteilung der Sparquote bei der Festlegung der Höhe des Unterhaltsbeitrages oder im Zeitpunkt der Scheidung Rechnung getragen werden.

General Recommendation No. 29/2013 zu Art. 16, «Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution», N. 43ff; http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/comments/CEDAW-C-52-WP-1_en.pdf

---

Modellbeispiel 11: Häusliche Gewalt Schutzpflichten und Nachweis von Gewalt

Sachverhalt

Die Kambodschanerin Frau F. hat einen Deutschen mit Niederlassungsbewilligung geheiratet. Sie wird Opfer häuslicher Gewalt. Die gewalttätigen Auseinandersetzungen mit ihrem Ehemann führen verschiedentlich dazu, dass die Polizei – meist von den Nachbarn avisiert – eingreifen muss. Frau F. reicht aber nie Klage ein. Nach drei schwierigen Jahren des Zusammenlebens trennt sie sich von ihrem Mann.

Anwendbares Schweizer Recht

Frau F. stellt ein Gesuch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung aus wichtigen persönlichen Gründen (Art. 50 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration AIG, SR 142.20). Nach Art. 77 Abs. 5 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) werden insbesondere «Arztzeugnisse, Polizeirapporte, Strafanzeigen, Massnahmen im Sinne von Artikel 28b des Zivilgesetzbuches oder entsprechende strafrechtliche Verurteilungen» als Indizien für häusliche Gewalt betrachtet. Die Aufenthaltsbewilligung von Frau F. wird nicht verlängert, da keine Beweise für die behauptete häusliche Gewalt vorlägen. In den Interventionsberichten der Polizei war von Eingreifen wegen nächtlicher Ruhestörung die Rede. Die kantonale Polizei war nicht in der Lage, die erfolgten Interventionen zu dokumentieren.

Argumentation mit CEDAW

Art. 1 und Art. 2 lit. c, d und f CEDAW können herangezogen werden, um die Polizeibehörden zu verpflichten, Fälle von häuslicher Gewalt systematisch zu dokumentieren und diese Dokumentation in ausländerrechtlichen

Verfahren herauszugeben. Dies ermöglicht es gewaltbetroffenen Ausländerinnen im Familiennachzug, überhaupt von ihren Rechten Gebrauch zu machen. Art. 2 lit. c verpflichtet die Vertragsstaaten, den gesetzlichen Schutz der Rechte von Frauen zu gewährleisten und Frauen durch die nationalen Gerichte und sonstige öffentliche Einrichtungen vor Diskriminierung zu schützen. Art. 2 lit. d verpflichtet die Vertragsstaaten, diskriminierende Handlungen zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass alle Einrichtungen und Behörden im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Art. 2 lit. f verpflichtet zur Änderung diskriminierender Gesetze und Praktiken. Zudem unterstreicht Comm. No. 32/2011 (Isatou Jallow vs. Bulgaria) die besondere Verantwortung der Vertragsstaaten gegenüber Migrantinnen, die aus verschiedenen Gründen besonderen Risiken häuslicher Gewalt ausgesetzt sein können.

Oft ist es schwierig, Akte häuslicher Gewalt zu beweisen. Die Polizei sollte bei häuslicher Gewalt in jedem Fall einen detaillierten Bericht über die Intervention in der Wohnung des Paares erstellen. Dass solche Berichte zur Verfügung gestellt werden müssen, kann aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 1 CEDAW sowie der **Allgemeinen Empfehlung 19/1992** und **35/2017** abgeleitet werden. Letztere befasst sich ausdrücklich mit der Sammlung von Daten zum Thema häusliche Gewalt (Nr. 34, v.a. lit. b). Ausserdem könnten die in den Art. 2 lit. c, d und f enthaltenen positiven Verpflichtungen zur Anwendung kommen. Die **Abschliessenden Bemerkungen** 2016 des Ausschusses CEDAW fordern die Schweiz im Besonderen auf, die Beweisschwelle in Fällen häuslicher Gewalt gegen Migrantinnen zu prüfen sowie Massnahmen zur Erhöhung der Anzeigequote zu geschlechtsspezifischer Gewalt zu ergreifen (N. 27 und N. 47).

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 48ff
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Allgemeine Empfehlungen
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 1, Art. 2 lit. c und e, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Weitere internationale Normen

Gemäss Art. 5 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (**Istanbul-Konvention**, SR 0.311.35) muss ein Vertragsstaat seiner Sorgfaltspflicht zur Verhütung, Untersuchung und Bestrafung von in den Geltungsbereich des Übereinkommens fallenden Gewalttaten nachkommen. Gemäss Art. 50 sind die Polizei bzw. die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet «sofort und angemessen auf alle in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt (zu) reagieren, indem sie den Opfern umgehend geeigneten Schutz bieten» (Abs. 1). Die Vertragsparteien haben sodann die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen zu treffen, «um sicherzustellen, dass sich die zuständigen Strafverfolgungsbehörden sofort und angemessen an der Prävention von und am Schutz vor allen in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt beteiligen, einschliesslich des Einsatzes vorbeugender operativer Massnahmen und der Erhebung von Beweisen (Abs. 2). Gemäss Art. 59 Istanbul-Konvention sollen die Vertragsparteien dem Opfer einen verlängerbaren Aufenthaltstitel erteilen, wenn der Aufenthalt aufgrund der persönlichen Lage des Opfers oder für die Zusammenarbeit mit den Ermittlungs- oder Strafbehörden notwendig ist (Abs.3).

Die Schweiz hat allerdings einen Vorbehalt zu dieser Bestimmung gemacht: «Die Schweiz behält sich vor, die Vorschriften in Artikel 59 nicht oder nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Bedingungen anzuwenden.»

Modellbeispiel 12: Häusliche Gewalt Schutzpflichten für «Sans-Papiers»

Sachverhalt

Die Ecuadorianerin Frau Z. lebt mit ihrem Mann ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Sie wird immer wieder Opfer häuslicher Gewalt. Nach einem massiven Übergriff ihres Mannes geht sie zur Polizei, um Klage einzureichen.

Anwendbares Schweizer Recht

Bei der Anhörung eröffnet ihr der Staatsanwalt, dass er gegen sie eine Untersuchung wegen illegalem Aufenthalt einleiten will. In der Folge wird sie nach Art. 115b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) zu einer Geldstrafe verurteilt, welche im Strafregister eingetragen wird. Der Staatsanwalt leitet den Fall an die für die Aufenthaltsbewilligungen zuständige Behörde weiter, die die Ausschaffung von Frau Z. einleiten soll.

Argumentation mit CEDAW

Auch ohne Aufenthaltsbewilligung kann sich Frau Z. auf die Bestimmung des CEDAW-Übereinkommens als internationales menschenrechtliches Instrument berufen.

Frau Z. kann eine Diskriminierung nach **Art. 1 CEDAW** geltend machen, da die Definition der Diskriminierung der Frau nach Art. 1 CEDAW Gewalt gegen Frauen miteinschliesst (d.h. jede Form von Gewalt gegen eine Frau, weil sie eine Frau ist, oder von Gewalt, die Frauen besonders betrifft).

Frau Z. könnte sich auch auf **Art. 2 lit. c, d, e und f CEDAW** berufen. Diese Bestimmungen sehen nämlich vor, dass die Mitgliedstaaten aktiv Massnahmen ergreifen müssen. Der Staat hat gemäss Art. 2 lit. c, d, e und f positive Verpflichtungen. Art. 2 lit. c verpflichtet die Vertragsstaaten, den gesetzlichen Schutz der Rechte von Frauen zu gewährleisten und Frauen durch die nationalen Gerichte und sonstige öffentliche Einrichtungen vor Diskriminierung zu schützen. Art. 2 lit. d verpflichtet die Vertragsstaaten, diskriminierende Handlungen zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass alle Einrichtungen und Behörden im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Art. 2 lit. e schreibt geeignete Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung durch private Personen und Organisationen vor. Art. 2 lit. f verpflichtet zur Änderung diskriminierender Gesetze und Praktiken. Im Besonderen gilt:

- Die Allgemeine Empfehlung Nr. 28/2010 betreffend grundlegende Pflichten der Vertragsstaaten aufgrund von Artikel 2 des Übereinkommens präzisiert, dass sich Artikel 2 nicht darauf beschränkt, die von den Vertragsstaaten ausgehende direkte und indirekte Diskriminierung der Frauen zu verbieten. Er verlangt von den Staaten auch, alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um die Diskriminierung durch Privatpersonen zu verhindern.
- In seiner Empfehlung 19/1992 zu Gewalt gegen Frauen hat der Ausschuss klar präzisiert, dass die Vertragsparteien gewährleisten sollten, dass die Gesetze zur Unterbindung von Gewalt allen Frauen den geeigneten Schutz bieten und ihre Unverletzlichkeit und Würde achten. Die Allgemeine Empfehlung 28/2010, hält weiter fest, dass die Vertragsstaaten Massnahmen zur Beseitigung der Gewalt gegen Frauen ergreifen müssen (Ziffer 19), und beruft sich dabei auf die Empfehlung 19/1992.

Im vorliegenden Fall kann argumentiert werden, dass die Behörden ihre Schutzpflichten verletzen: Sie gewähren Frau Z. keinen Schutz vor Diskriminierung bzw. Gewalt, sondern konzentrieren sich vielmehr auf die zusätzliche Bestrafung des Opfers wegen ausländerrechtlicher Vergehen.

Allgemeine Empfehlungen http://www.oh-chr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Die Angst, bei einer Anzeige des gewalttätigen Ehemannes selbst wegen ausländerrechtlicher Vergehen verurteilt und allenfalls gar ausgewiesen zu werden, behindert den staatlichen Schutz für gefährdete Frauen. Die systematische Verurteilung von Ausländerinnen und Ausländern, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, ist an sich schon problematisch, denn sie schränkt

deren Zugang zum Rechtsschutz ein. Die Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts von Ausländerinnen, die häusliche Gewalt anzeigen, stellt jedoch eine schwerwiegende Verletzung des CEDAW-Übereinkommens dar.

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung); https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. auch die **Abschliessenden Bemerkungen 2009** des Ausschusses CEDAW zum Dritten Bericht der Schweiz, N. 27f. https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung); https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 1, 2 lit. c, 2 lit. d, 2 lit. f, zitiert in Teil 6: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Weitere internationale Normen

Gemäss Art. 50 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (**Istanbul-Konvention,** SR 0.311.35), die seit 2018 auch für die Schweiz gilt, sind die Polizei bzw. die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet «sofort und angemessen auf alle in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt (zu) reagieren, indem sie den Opfern umgehend geeigneten Schutz bieten» (Abs. 1). Die Vertragsparteien haben sodann die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen zu treffen, «um sicherzustellen, dass sich die zuständigen Strafverfolgungsbehörden sofort und angemessen an der Prävention von und am Schutz vor allen in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt beteiligen, einschliesslich des Einsatzes vorbeugender operativer Massnahmen und der Erhebung von Beweisen (Abs. 2). Gemäss Art. 59 Istanbul-Konvention sollen die Vertragsparteien dem Opfer einen verlängerbaren Aufenthaltstitel erteilen, wenn der Aufenthalt aufgrund der persönlichen Lage des Opfers oder für die Zusammenarbeit mit den Ermittlungs- oder Strafbehörden notwendig ist (Abs. 3).

Die Schweiz hat allerdings einen Vorbehalt zu dieser Bestimmung gemacht: «Die Schweiz behält sich vor, die Vorschriften in Artikel 59 nicht oder nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Bedingungen anzuwenden.»

Modellbeispiel 13: AusländerInnenrecht Aufenthaltsrecht und Integration

Sachverhalt

Frau E. stammt aus dem Kongo und heiratet 2014 einen kenianischen Staatsbürger mit Niederlassungsbewilligung. Sie bekommen zwei Kinder. Das Paar einigt sich auf eine traditionelle Rollenverteilung. Frau E. arbeitet Teilzeit, damit sie sich der Betreuung der kleinen Kinder widmen kann. Nach vier Jahren des Zusammenlebens beschliesst das Paar, sich zu trennen. Weil die beiden nicht mehr zusammenleben, wird die Aufenthaltsbewilligung von Frau E. nicht verlängert.

Anwendbares Schweizer Recht

Gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20), und die entsprechenden Verordnungen und Weisungen verlangt Frau E. die Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung, da die Ehe länger als drei Jahre gedauert hat. Die Behörde stellt mit Verweis auf die gesetzlichen Integrationskriterien (Art. 58a AIG) fest, dass Frau E. nicht genügend integriert sei, weil sie nur eine geringe Erwerbstätigkeit ausübe und kaum Deutsch spreche. Damit stützt sich die Behörde bei der Integration lediglich auf die berufliche Integration und die sprachlichen Fähigkeiten. Die Tätigkeit in der Kinderbetreuung und im Haushalt, welche Frau E. wenig Raum für berufliche Tätigkeiten oder Weiterbildung gelassen hat, wird nicht berücksichtigt.

In seinem Urteil vom 11. Oktober 2011 2C_430/2011 hält das Bundesgericht fest, dass «die erfolgreiche Integration nach Massgabe einer umfassenden Beurteilung der Umstände geprüft werden muss (…). So braucht es bei einem Ausländer, der beruflich in der Schweiz integriert ist, immer finanziell unabhängig war, sich korrekt verhalten hat und die hiesige Sprache spricht, triftige Gründe, um ihm eine Integration abzusprechen. (…) Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass der Ausländer für seinen Lebensunterhalt aufkommt, nicht von der Sozialhilfe abhängig und nicht verschuldet ist.»

Damit kann für das Bundesgericht auch eine Anstellung in einem wenig qualifizierten Job als erfolgreiche Integration gelten. Hingegen könnte man aus diesem Urteil ableiten, dass eine Ehefrau, die teilzeitlich arbeitet und kaum Sprachkenntnisse hat, nicht als ausreichend integriert eingestuft werden kann.

Argumentation mit CEDAW

Frau E. kann verlangen, dass Art. 50 AIG völkerrechtskonform ausgelegt wird, d.h. im Lichte von **Art. 1, Art. 2 lit d, Art. 11 und Art. 15 Abs. 4 CEDAW**.

Sie kann verlangen, dass Art. 1 CEDAW zur Anwendung kommt: Integration auf die berufliche oder sprachliche Integration zu reduzieren bedeutet, die spezifischen Probleme von Frauen und von Ausländerinnen in der Arbeits-

welt nicht zu berücksichtigen. Es bedeutet auch, die Hausarbeit als eigenständige Tätigkeit zu ignorieren. Es kommt damit einer faktischen Diskriminierung gleich, den Integrationsbegriff so eng auszulegen. Der Ausschuss CEDAW stellt in seinen Abschliessenden Bemerkungen zum Dritten Bericht der Schweiz denn auch fest, dass die Situation der Migrantinnen in der Schweiz auf verschiedenen Ebenen besonderer Aufmerksamkeit der Behörden bedarf, und formuliert eine entsprechende Empfehlung (N. 43f).

Frau E. kann auch Art. 2 lit. d CEDAW geltend machen. Diese Bestimmung verpflichtet die Schweiz, diskriminierende Praktiken zu unterlassen und dafür zu sorgen, dass alle Behörden im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln. Das Kriterium «Integration», so wie es von den zuständigen Behörden definiert wird, kommt einer Diskriminierung gleich. Eine solche staatliche Praxis vernachlässigt die Bedeutung der Hausarbeit und benachteiligt damit systematisch die zahlreichen Hausfrauen, welche in einer Paarbeziehung mit einer sogenannt traditionellen Arbeitsteilung leben.

Schliesslich kann sich Frau E. auch auf Artikel 11 CEDAW berufen, der gleichen Zugang zum Erwerbsleben vorsieht. Der Staat muss Fördermassnahmen zur Integration derjenigen Ausländerinnen und Ausländer ergreifen, die auf dem Arbeitsmarkt besonders benachteiligt sind.

Frau E. könnte auch eine Verletzung von Artikel 15 Abs. 4 CEDAW geltend machen, der die Schweiz zu Massnahmen zur Sicherung gleicher Rechte mit Bezug auf Wahl des Aufenthaltsortes und Wohnortes verpflichtet: Art. 50 AIG verlangt eine Dauer des Zusammenlebens und des gemeinsamen Wohnsitzes von mindestens drei Jahren, und schränkt so die freie Wahl des Aufenthaltsorts und des Wohnorts ein.

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 47
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses CEDAW von 2009 zum Dritten Staatenbericht der Schweiz, N. 43f.
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 1, 2 lit. d, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 14: AusländerInnenrecht Aufenthaltsrecht und berufliche Integration

Sachverhalt

Die Brasilianerin Frau F. hat einen Spanier mit Niederlassungsbewilligung geheiratet. In der Schweiz hat sie Mühe, eine Stelle zu finden. Wegen ihrer Sprachprobleme und der fehlenden Ausbildung gelingt es ihr nicht, eine unbefristete Anstellung zu finden. Nach vier Jahren des Zusammenlebens trennt sie sich von ihrem Ehemann.

Anwendbares Schweizer Recht

Frau F. stellt ein Gesuch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in Anwendung von Art. 50 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20). Die Behörden verweigern die Verlängerung mit der Begründung, sie sei nicht genügend integriert. In der Tat verlangt Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 58 a AIG eine erfolgreiche Integration als Voraussetzung für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. In der Praxis stützen sich die zuständigen Behörden bei der Beurteilung der Integration weitgehend auf die berufliche Integration.

Bei der Beurteilung der Integration berücksichtigt die zuständige Behörde gemäss Art. 58a AlG folgende Kriterien: die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Sprachkompetenzen und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung. Gemäss BGE 2C_195/2010 kann die Integration bei längerer Erwerbslosigkeit und schlechten Sprachkenntnissen nicht als erfolgreich betrachtet werden. Umgekehrt erlaubt es Art. 58a Abs. 2 AlG, der Situation von Personen, welche die Integrationskriterien wegen einer Behinderung oder Krankheit oder wegen anderen gewichtigen persönlichen Umständen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfüllen können, Rechnung zu tragen.

Argumentation mit CEDAW

Frau F. kann verlangen, dass Art. 50 und 58A AIG völkerrechtskonform ausgelegt werden, d.h. im Lichte von Art. 11 (gleiche Rechte hinsichtlich des Zugangs zu Arbeit, Arbeitsbedingungen, Entlöhnung) und Art. 2 lit. d CEDAW (Verpflichtung zur Unterlassung diskriminierender Handlungen).

Art. 11 CEDAW sollte es ermöglichen, die Schwierigkeiten von Migrantinnen bei der beruflichen Integration zu berücksichtigen und die Erfordernisse den effektiven Möglichkeiten der Gesuchstellerin zur Ausübung einer qualifizierten Erwerbstätigkeit anzupassen. Die Problematik der ausländischen Arbeiterinnen wurde in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 26/2008 besonders diskutiert. Diese Allgemeine Empfehlung beschreibt die Schwierigkeiten, die sich Ausländerinnen im Erwerbsleben stellen können. Sie fordert die Vertragsstaaten auf, diesen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen. An die Adresse der Schweiz wiederholte der Ausschuss in seinen Abschliessenden

Bemerkungen zum Vierten/Fünften Bericht ein weiteres Mal, dass die Situation der Migrantinnen in der Schweiz auf verschiedenen Ebenen besonderer Aufmerksamkeit der Behörden bedarf. So müssten für diese zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten geschaffen werden (N. 36f und N. 46f).

Auch Art. 2 lit. d CEDAW könnte zur Anwendung kommen.

Allgemeine Empfehlung Nr. 26/2008
http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/GR_26_on_women_migrant_workers_en.pdf

Abschliessende Bemerkungen 2016 des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz,
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses CEDAW von 2009 zum Dritten **Staatenbericht der Schweiz**, N. 43f.
https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung);
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 2 lit. d, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Modellbeispiel 15: Frauenhandel
Schutz von Opfern von Frauenhandel

Sachverhalt

Eine junge Frau aus der Mongolei stellt in einem Bundesasylzentrum ein Asylgesuch. In der Befragung zu den Asylgründen macht sie geltend, dass sie nicht mehr bei ihrer Familie auf dem Land habe leben können und in die Hauptstadt migriert sei, wo sie versucht habe, sich alleine durchzubringen. Eines Tages sei sie von einer mongolischen Frau angesprochen worden, die ihr versprochen habe, sie nach Europa zu bringen, wo sie arbeiten und eine Ausbildung machen könne. Sie sei dann zuerst nach Russland gereist und von da mit dem Auto nach Deutschland. In Deutschland sei sie mit ihrer Begleiterin in den Zug umgestiegen. Man habe ihr als Zielland Frankreich angegeben. Beim Zwischenhalt in Zürich sei die Begleiterin plötzlich verschwunden und ein Mann sei aufgetaucht. Da habe sie beschlossen, sich abzusetzen. Sie begründet ihr Asylgesuch damit, dass sie in der Mongolei keinerlei Zukunftsaussichten habe.

Einer Mitarbeiterin im Bundesasylzentrum fällt auf, dass die junge Frau psychisch unter grossem Druck zu stehen scheint. Sie vermutet, dass die Frau unfreiwillig der Prostitution nachgeht und arrangiert ein Gespräch mit einer Beratungsstelle. Dabei stellt sich heraus, dass die Frau bereits in Russland einige Zeit zur Arbeit als Prostituierte gezwungen wurde. Zur aktuellen Situation in der Schweiz möchte sie nichts sagen und sie fürchtet sich davor, eine Strafanzeige gegen ihre Peiniger in der Schweiz einzureichen.

Das Staatssekretariat für Migration lehnt das Asylgesuch mangels Glaubhaftmachung der Verfolgung und aufgrund widersprüchlicher Angaben betreffend zeitlichem Ablauf und Reiseweg ab und setzt ihr eine Wegweisungsfrist, ohne weitere Abklärungen zu treffen oder Schutzmassnahmen anzuordnen.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 30 Abs. 1 lit. e Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20) in Verbindung mit Art. 35 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201); Art. 182 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0); Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, SR 312.5)

Eine begründete Furcht vor Verfolgung durch die Peiniger in der Mongolei kann aber auch im Rahmen des Asylverfahrens auf Beschwerdeebene vor Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden, vgl. Art. 3 Abs. 1 AsylG i.V.m. Art. 3 Abs. 2 AsylG zu den frauenspezifischen Fluchtgründen.

Überdies kann sich in einem solchen Fall der Wegweisungsvollzug als unzulässig oder unzumutbar i.S.v. Art. 83 Abs. 1 und Abs. 3 bzw. Abs. 4 AIG erweisen, wenn glaubhaft gemacht ist, dass bei einer Rückkehr in den Her-

kunftsstaat ein unmittelbares Risiko einer erneuten Rekrutierung oder Vergeltungsmassnahmen besteht und somit eine Verletzung von Art. 4 EMRK droht (BVGE 2016/27 E. 5.3.1).

Argumentation mit CEDAW

Die Schweiz hat die Pflicht, Opfer von Menschenhandel zu identifizieren und zu schützen. Dies ergibt sich aus Art. 6 CEDAW (Pflicht zur Abschaffung des Frauenhandels) in Verbindung mit Art. 2 Bst. b-e CEDAW (Pflichten zum Verbot von Diskriminierung, zum Schutz der Rechte der Frauen, Unterlassung von diskriminierenden Praktiken der Behörden, Beseitigung diskriminierender Handlungen von Privaten), Art. 3 CEDAW (Pflicht zur Sicherung der Entfaltung und Förderung der Frau) und Art. 5 Abs. 1 CEDAW (Bekämpfung von Geschlechterstereotypen).

Für eine detaillierte Argumentation mit CEDAW zum Asylverfahren vgl. Modellbeispiel 16.

Folgende Allgemeine Empfehlungen des Frauenrechts-Ausschusses sind zur Interpretation der genannten Bestimmungen heranzuziehen:

- Allgemeine Empfehlungen **Nr. 35/2017 und Nr. 19/1992** zur Gewalt gegen Frauen: Der Begriff «Diskriminierung» beinhaltet auch geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen – insbesondere auch sexuelle Ausbeutung sowie Ausbeutung der Arbeitskraft.
- Allgemeine Empfehlung **Nr. 26/2008** zur Situation der Arbeitsmigrantinnen. Hier wird eine Reihe von Problemen aufgegriffen, mit denen auch gehandelte und ausgebeutete Frauen kämpfen.
- Allgemeine Empfehlung **Nr. 28/2010** zu den grundlegenden Verpflichtungen der Vertragsstaaten in Bezug auf das Recht auf Nichtdiskriminierung: Die Empfehlungen umschreiben die Pflicht des Staates («due diligence»), Diskriminierung durch private Dritte zu verhindern, ansonsten die Verletzung dem Staat zuzurechnen sei (Ziff. 13).
- Allgemeine Empfehlung **Nr. 32/2014** zu den geschlechtsbezogenen Dimensionen des Flüchtlingsbegriffs, des Asyls, der Nationalität und der Staatenlosigkeit von Frauen: Frauenhandel ist eine geschlechtsspezifische Form der Verfolgung und Staaten sind verpflichtet, ihre Verfahren so zu gestalten, dass Opfer von Frauenhandel früh identifiziert werden (Ziff. 15, 44-46).

Allgemeine Empfehlungen Nr. 35/2017, Nr. 19/1992/, Nr. 26/2008, Nr. 28/2010, Nr. 32/2014
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu Art. 6, zitiert in Teil 6:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall haben die Schweizer Migrationsbehörden ihre Pflichten zur Beseitigung des Frauenhandels und zum Schutz der Opfer von Diskriminierungen im Lichte der erwähnten CEDAW-Bestimmungen und ihre entsprechende «due diligence» verletzt:

- Sie haben keine Massnahmen ergriffen, um dem Vorwurf des Menschenhandels nachzugehen, obwohl es dafür verschiedene Anzeichen gab.
- Die Gesuchstellerin wurde nicht als Opfer von Frauenhandel identifiziert, so dass keine Bemühungen zur Schutzgewährung gemäss AIG eingeleitet wurden. Laut BGE 2C_373/2017 haben Opfer von Menschenhandel Anspruch auf eine Kurzaufenthaltsbewilligung in der Schweiz, soweit ihre Anwesenheit für die Dauer eines entsprechenden polizeilichen Ermittlungs- und Strafverfahrens erforderlich ist. Sodann kam sie auch nicht in den Genuss der Rechte gemäss Opferhilfegesetz.
- Die Schweiz muss die Gesuchstellerin bzw. Beschwerdeführerin im Rahmen des Asylverfahrens vor geschlechtsspezifischen Formen der Verfolgung in der Mongolei, wie z.B. einer erneuten Rekrutierung oder geschlechtsspezifischer Gewalt, schützen und ihr aufgrund ihres Geschlechts Asyl gewähren. Eventualiter kann die vorläufige Aufnahme gestützt auf die Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs erteilt werden, wenn eine unmittelbare Gefahr einer erneuten Rekrutierung oder Vergeltungsmassnahmen und daher eine Verletzung von Art. 4 EMRK droht.

Weitere internationale Regeln

Die positiven Massnahmen, die ein Staat zu ergreifen hat, um Opfer von Menschenhandel zu schützen, sind in folgenden internationalen Verträgen umschrieben, welche der CEDAW-Ausschuss für die Präzisierung der Schutzpflichten der Staaten heranzieht:

- Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15. Dezember 2000 (in Kraft für die Schweiz seit 2006, SR 0.311.542;
- Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005 (in Kraft für die Schweiz seit 2013, SR 0.311.543;
- Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels vom 5. April 2011. Diese ist *nicht bindend* für die Schweiz, stellt aber den aktuellen Standard in den Ländern der EU dar.
- Art. 4 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zu Menschenhandel (vgl. die Fallsammlung hierzu in https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trafficking_ENG.pdf);

- UNHCR, «Guidelines on international protection: the application of article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked», guideline No. 7 (HCR/GIP/06/07) https://www.unhcr.org/fr/4ad2f81e1a.pdf

Vgl. die **Abschliessenden Bemerkungen 2016** des Ausschusses CEDAW zum 4./5. Staatenbericht der Schweiz, N. 29 https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung); https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Vgl. auch die **Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses CEDAW von 2009** zum Dritten Staatenbericht der Schweiz, N. 29f https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/090820_CEDAW-Empfehlungen_2009_D.pdf (nicht offizielle deutsche Übersetzung); https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (in den sechs offiziellen UN-Sprachen)

Modellbeispiel 16: Asylrecht Geschlechtsspezifische Verfolgung

Sachverhalt

Die Irakerin Frau M. stellt im Bundesasylzentrum ein Asylgesuch. In ihrem Gesuch macht sie geltend, dass ihr Vater sie im Irak mit einem älteren und sehr einflussreichen Mann zwangsverheiraten wollte. Sie wollte die Eheschliessung verweigern, wurde daraufhin aber tagelang von ihrem Vater verprügelt. Dieser bestand darauf, dass sie den besagten Mann heirate und liess ihr keine Wahl. Schliesslich entschied sie sich, mit der finanziellen Hilfe ihrer Tante zu flüchten, und kam auf Umwegen in die Schweiz.

Das Staatssekretariat für Migration lehnt das Asylgesuch mit der Begründung ab, dass Frau M. ihre Vorbringen nicht glaubhaft gemacht habe. Sie habe ihre Argumente emotionslos vorgebracht und den Sachverhalt widersprüchlich wiedergegeben. Überdies hätte sie sich an die staatlichen Behörden im Irak wenden können, um von diesen Schutz zu erlangen. Dass sie dies nicht getan hat, beeinträchtige die Glaubhaftigkeit ihrer Vorbringen zusätzlich.

Anwendbares Schweizer Recht

Art. 3 Abs. 1 Asylgesetz (AsylG, SR 142.31) definiert Flüchtlinge als «Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen

Nachteilen ausgesetzt zu werden». Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich «die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken» (Art. 3 Abs. 2 AsylG). In diesem Zusammenhang verweist das AsylG ausdrücklich auf «frauenspezifische Fluchtgründe», denen Rechnung zu tragen ist (Art. 3 Abs. 2 AsylG). Zwangsheirat ist ein solcher frauenspezifischer Fluchtgrund (vgl. BVGer-Urteil E-6456/2015 vom 29. Juni 2018, E. 7.3).

Gemäss Art. 17 Abs. 2 AsylG und Art. 6 Asylverordnung 1 (AsylV1, SR 142.311) wird eine Asylsuchende bei Hinweisen auf geschlechtsspezifische Verfolgung von einer Person ihres Geschlechts angehört.

Argumentation mit CEDAW

Die Schweiz muss ihre Verpflichtungen gemäss CEDAW auch im Rahmen des Asylverfahrens wahren. Dies hat der Frauenrechts-Ausschuss in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 32/2014 zu den geschlechtsbezogenen Dimensionen des Flüchtlingsbegriffs, des Asyls, der Nationalität und der Staatenlosigkeit von Frauen klargestellt. Der Frauenrechts-Ausschuss erklärt darin, dass das Verbot der Diskriminierung von Frauen auch im Asylbereich Anwendung findet (Ziff. 8). Materiell-rechtlich bedeutet dies, dass das Rückschiebungsverbot (non-refoulement) implizit in Art. 2 Bst. c CEDAW enthalten ist (Ziff. 21-23). Zudem verpflichtet Art. 2 Bst. c CEDAW die Schweiz, in Asylverfahren die besondere Situation und die besonderen Bedürfnisse von Frauen zu berücksichtigen (Allgemeine Empfehlung Nr. 32, Ziff. 16, 25). Die Schweiz muss daher alle notwendigen Massnahmen ergreifen, um die formelle und faktisch-materielle Gleichstellung der Frauen mit Männern im Asylverfahren zu erreichen (Ziff. 8).

Gemäss der Allgemeinen Empfehlung Nr. 32/2014 schliessen geschlechtsspezifische Formen der Verfolgung insbesondere Genitalverstümmelung, Zwangs- und Kinderheirat, Gewaltandrohungen und Verbrechen im Namen der Ehre, Frauenhandel, Säureangriffe, Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt, schwerwiegende Formen häuslicher Gewalt, Zwangssterilisation, politische oder religiöse Verfolgung für feministische Ansichten oder für Nichtkonformität mit sozialen Normen und die diskriminierende Anwendung der Todesstrafe und anderer Formen körperlicher Bestrafung mit ein (Ziff. 15).

Geschlechtsspezifische Verfolgung durch private, nicht-staatliche Akteure wird durch Art. 2 Bst. e CEDAW verboten (Allgemeine Empfehlung Nr. 32/2014, Ziff. 27). Im Fall einer solchen privaten Verfolgung darf nicht auf fehlende Glaubhaftigkeit geschlossen werden, nur weil die Asylsuchende die staatlichen Behörden nicht um Schutz ersucht hat, insbesondere wenn es sich um einen Staat handelt, der geschlechtsspezifische Gewalt toleriert (Allgemeine Empfehlung Nr. 32/2017, Ziff. 29).

Im Weiteren sind die Art. 1, 2 und 3 sowie Art. 16 Abs. 1 Bst. a und b CEDAW zu berücksichtigen. Art. 1 CEDAW definiert die Diskriminierung der Frau. Art. 2 und 3 CEDAW führen die staatlichen Umsetzungspflichten aus, und Art. 16 Abs. 1 Bst. a und b CEDAW betrifft das gleiche Recht der Frau

auf Eheschliessung mit freier und voller Zustimmung und auf die freie Wahl des Ehegatten. Folgende Allgemeine Empfehlungen des Frauenrechts-Ausschusses sind zur Interpretation dieser Bestimmungen heranzuziehen:

- **Allgemeine Empfehlung Nr. 35/2017** zur geschlechtsspezifischen Gewalt gegen Frauen (Update der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19): Der Begriff «Diskriminierung» beinhaltet auch geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen – insbesondere auch sexuelle Ausbeutung sowie Ausbeutung der Arbeitskraft.
- **Allgemeine Empfehlung Nr. 21/1994** zur Heirat und Familienbeziehungen: Art. 16 Abs. 1 Bst. a und Bst. b garantieren das Recht der Frau, ihren Ehepartner frei zu wählen und verbieten Zwangsheirat.

Allgemeine Empfehlungen des CEDAW-Ausschusses, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Vgl. auch die **«Views» des Ausschusses** zu einem Asylfall, Comm. No. 53/2013 (A. v. Denmark). Allerdings ist der CEDAW-Ausschuss in zahlreichen Fällen nicht auf Mitteilungen von Asylgesuchstellerinnen eingetreten, weil er ihre Vorwürfe als nicht genügend substantiiert befand. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall hat das Staatssekretariat für Migration seine Verpflichtung gemäss CEDAW, ein geschlechtersensitives Asylverfahren durchzuführen und geschlechtsspezifische Fluchtgründe anzuerkennen, verletzt.

- Das Asylverfahren wurde nicht hinreichend geschlechtersensitiv durchgeführt, da eine emotionslose und widersprüchliche Wiedergabe der Ereignisse bei Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt deren Wahrheitsgewalt nach Ansicht von Fachleuten nicht zwingend beeinträchtigt.
- Das Staatssekretariat für Migration hat verkannt, dass die fehlende Schutzsuche beim Staat nicht auf mangelnde Glaubhaftigkeit schliessen lässt.
- Die Schweiz hat das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot gegenüber der Gesuchstellerin verletzt, da sie ihr Asylgesuch abgewiesen hat. Angesichts der drohenden Verfolgung der Gesuchstellerin bei einer Rückkehr in den Irak aufgrund ihres Geschlechts, aber auch aufgrund ihrer religiösen und politischen Ansichten, die sich in der Verweigerung der sozialen Norm der Zwangsheirat ausdrückte, und des fehlenden Schutzes durch den irakischen Staat, wäre sie bei einer Auslegung des AsylG im Lichte von CEDAW als Flüchtling zu anerkennen.

Weitere internationale Regeln

Zudem sehen folgende internationale Abkommen relevante geschlechtsspezifische Bestimmungen für Asylverfahren vor:

- Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (**Istanbul-Konvention**, in Kraft für die Schweiz seit 1. April 2018, SR 0.311.35). Die Istanbul-Konvention sieht vor, dass in Asylgesuchen aufgrund des Geschlechts Gewalt gegen Frauen aufgrund des Geschlechts als eine Verfolgungsform im Sinne der Flüchtlingskonvention anerkannt werden muss (Art. 60 Abs. 1) und die übrigen Gründe geschlechtersensibel ausgelegt werden (Art. 60 Abs. 2). Zudem müssen geschlechtersensible Asylverfahren, einschliesslich für die Gewährung des Flüchtlingsstatus und des Antrags auf internationalen Schutz, gewährleistet werden (Art. 60 Abs. 3).
- Art. 1A Abs. 2 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (**Genfer Flüchtlingskonvention**, SR 0.142.30) und dessen geschlechtsspezifische Auslegung durch den UNHCR in: Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/01 https://www.unhcr.org/3d58ddef4.pdf

Redaktionsschluss Teil 4: 1. Januar 2019

Impressum

CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF. Bern, erste elektronische Veröffentlichung 2012, letztmals aktualisiert 1. Januar 2019.
Herausgeberin: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.
Erarbeitet von Dr. iur. Erika Schläppi, Rechtsanwältin, in enger Zusammenarbeit mit den Rechtsexpertinnen und Rechtsanwältinnen Dr. iur. Kathrin Arioli, lic. iur. Jeanne DuBois, lic. iur. Myriam Grütter, lic. iur. Christina Hausammann, lic. iur. Charlotte Iselin, Prof. Dr. iur. Regula Kägi-Diener, Dr. iur. Stephanie Motz, Dr. iur. Caterina Nägeli, DAS in Law Luzia Siegrist und Prof. Dr. iur. Judith Wyttenbach.
Veröffentlichung ausschliesslich auf: www.frauenkommission.ch > Publikationen
Verfügbar auf Deutsch und Französisch.