

# Die sogenannte «intersektionelle» Diskriminierung

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

---

Manuela Hugentobler/Barbara von Rütte

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

### 1 Einleitung

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2 Hintergrund: die Verweigerung der Einbürgerung

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

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

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

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

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

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

## 2.1 Das Urteil des Berner Verwaltungsgerichts

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

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

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

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

12 Die Beschwerdeschrift liegt den Autorinnen vor.

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

14 Ebd.

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

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

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

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

## 2.2 Das Urteil des Bundesgerichts

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

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

17 Ebd. E. 7.2.3.

18 Ebd. E. 8.3.3.

19 Ebd. E. 8.4.2 ff.

20 Ebd. E. 8.4.5.

21 Ebd. E. 8.4.5 f.

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

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

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

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

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

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

25 Ebd. E. 5.2 f.

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

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

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

29 Ebd. E. 7.2.

30 Ebd. E. 8.

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

### 3 Konzeptioneller Rahmen: Intersektionalität

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

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

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

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

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

---

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

36 KLEBER (Fn. 27).

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

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

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

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

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

42 Ebd., S. 237 f.

43 Ebd., S. 238.

44 BGE 144 I 113 E. 5.1.1.

45 Vgl. unten Kapitel 3.2.

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

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

### 3.1 Crenshaw und die Dogmatik der Diskriminierung

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

#### 3.1.1 Die Luke zur Gleichheit

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

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

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

#### 3.1.2 Das Potenzial des Antidiskriminierungsrechts

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

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

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

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

50 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

55 The Combahee River Collective Statement, 1977.

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

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

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

### 3.1.3 Probleme des Antidiskriminierungsrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 
- 63 Vgl. zur Praxis des Bundesgerichts unten o. Weiter nur BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 22 ff. zu Art. 8 BV.
- 64 BGE 147 I 89 E. 2.2, sowie HUGENTOBLER, Keine fixe Altersgrenze für Studienaufenthalte, in: dRSK, publiziert am 30. März 2022.
- 65 NAGUIB (Fn. 34), S. 236 f.
- 66 Vgl. BOULANGER CHRISTIAN et al., Interdisziplinäre Rechtskritik und das Andere des Rechts, in: Kritische Justiz, 2010/43(4), S. 431 ff., S. 433.
- 67 Vgl. dazu insbesondere die Kommentierungen der UN-Fachausschüsse, unten Kapitel 4.1.
- 68 Vgl. dazu m. w. H. BAER SUSANNE (Fn. 51); LEMBKE/LIEBSCHER (Fn. 60); LIEBSCHER DORIS et al., Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, in: Kritische Justiz 2012/45(2); NAGUIB TAREK, Postkategoriale Gleichheit und Differenz: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken!?, in: Ast Stephan/Hänni Julia/Mathis Klaus/Zabel Benno (Hrsg.), ARSP Beiheft 128; vgl. auch die Übersicht bei KLEBER (Fn. 27), S. 13 ff.

### 3.2 Begrifflichkeiten: Mehrfachdiskriminierung in der Rechtsdogmatik

Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung ist in den Schweizer Rechtswissenschaften verbreiteter als derjenige der Intersektionalität.<sup>69</sup> Unklar bleibt jedoch insbesondere in der Rechtsprechung, was die «mehrfache» Diskriminierung für die Konzeption von Diskriminierungsrecht und die Rechtsstellung der Einzelnen für Konsequenzen hat.<sup>70</sup>

Diskriminierung als rechtliches Konzept hat sich in Auseinandersetzung und Verwoben mit gesellschaftlichen Kämpfen und der Garantie der Rechtsgleichheit entwickelt.<sup>71</sup> Letztere hat als Konzept die Autonomie der Einzelnen entscheidend vorangetrieben, bleibt dabei allerdings in ihrer emanzipatorischen Wirkung prekär.<sup>72</sup> Bereits das Urteil gegen Emilie Kempin-Spyri, die vor Bundesgericht darauf bestand, dass Gleichheit vor dem Gesetze eben auch bedeute, dass zwischen Männern und Frauen in Bezug auf das öffentliche Leben keine Unterschiede mehr gemacht werden dürften, zeigt dies exemplarisch: Neben der viel zitierten Formulierung des Bundesgerichts, diese Behauptung sei «ebenso neu als kühn», war auch die Begründung von Rechtsgleichheit im damaligen Urteil von grosser Bedeutung für die weitere Entwicklung der Gleichheitsrechtsprechung. Wenn das Bundesgericht 1887 in BGE 13 I 1 argumentierte, dass nur jene Unterschiede unzulässig seien, «welche, nach anerkannten *Grundprinzipien* der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Tatbestände gerechtfertigt erscheinen»,<sup>73</sup> unterscheidet sich das nicht vom aktuellen bundesgerichtlichen Verständnis der Rechtsgleichheit, das nur dann Unterscheidungen zulässt, wenn «nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen [...] ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist».<sup>74</sup> Diese viel zitierte Formel macht auf bemerkenswerte Weise deutlich, dass Gleichheit eine Machtfrage ist. Entscheidend für die Zuerkennung von Möglichkeiten im Recht sind explizit «herrschende Anschauungen und Verhältnisse»<sup>75</sup>. Dennoch bleibt

69 So KLEBER (Fn. 27); SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Fn. 62), N 52 zu Art. 8 BV; vgl. auch KURT STEPHANIE, Die rechtliche Situation von religiösen Minderheiten im Kontext des schweizerischen Föderalismus: die Religionsfreiheit und das Verbot der religiösen Diskriminierung: Grundlagen – Konsequenzen – Perspektiven, Basel 2018, S. 162 ff.; LÜDI MERET, Mehrfachdiskriminierung in der Schweiz, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2021; NAGUIB (Fn. 34); vgl. weiter die Plattform [www.mehrfachdiskriminierung.ch](http://www.mehrfachdiskriminierung.ch). Das gilt auch für das EU-Recht, vgl. XENIDIS RAPHAËLE, Multiple discrimination in EU anti-discrimination law, towards redressing complex inequality?, in: Uladzislau Belavusau/Kristin Henrard (Hrsg.), EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender, S. 41 ff., S. 45 f.

70 Notwendige Klärungen wurden von NAGUIB (Fn. 34), KLEBER (Fn. 27) und LÜDI (Fn. 69) vorgenommen, durch die Rechtsprechung bislang aber nicht aufgenommen. So kritisiert auch eine Studie aus dem Jahr 2015, dass Anwaltschaft und Gerichte Fälle von Mehrfachdiskriminierung nicht angemessen erkennen, vgl. KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKRM, Juli 2015.

71 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 22), S. 682.

72 Vgl. BUCKEL (Fn. 39), S. 237 f.

73 BGE 13 I 1 E. 2.

74 BGE 144 I 113 E. 5.1.1.

75 Ebd.

der Aspekt struktureller gesellschaftlicher Ungleichheit häufig unerwähnt.<sup>76</sup> So kann auch der Begriff der Mehrfachdiskriminierung einen Fokus auf die individuelle Position von *anderen*, also von denjenigen, die im Unterschied zur «Normalperson»<sup>77</sup> mit «Diskriminierungsmerkmalen» behaftet sind, verstärken.<sup>78</sup> Als Oberbegriff vermag er nur unzureichend die tatsächliche Komplexität von Diskriminierungsverhältnissen zu erfassen. Ebenso ungenau ist der Begriff der Diskriminierungsmerkmale. Auch wenn eine Umdeutung möglich ist, erscheint uns das Sprechen über Dimensionen oder Kategorien hier präziser:

«Die untersuchten «Diskriminierungsmerkmale» benennen Dimensionen vorherrschender kultureller Ordnung, (Herrschafts-)Verhältnisse und Ungleichheitslagen und sind [...] nicht als Identitätsbezeichnung, sondern als analytische Kategorien, zu verstehen.»<sup>79</sup>

Es geht also darum, dass der Grund für eine Ungleichbehandlung nicht als «Merkmal» einer Einzelperson individualisiert wird, sondern als Ausdruck struktureller Ungleichheit und insofern als «Kategorie» gesellschaftlicher Hierarchien anerkannt wird.<sup>80</sup> Anschaulich wird das auch bei den vorliegenden Urteilen: Bei der Frage, ob die Beschwerdeführerin durch die Nichteinbürgerung aufgrund ihrer sozialen Stellung als Sozialhilfebezüglerin diskriminiert wird, prüft das Bundesgericht, ob der Bezug von Sozialhilfe ein «wesentlicher und nicht oder nur schwer aufgebbarer Bestandteil ihrer Identität» darstellt und reproduziert damit den individualistischen Fokus, der dem Antidiskriminierungsrecht herkömmlicherweise zu eigen ist.

Der Begriff der Intersektionalität verweist dagegen auf seine Entstehung in einem historisch spezifischen Kontext und seine Einbettung in gesellschaftliche Kämpfe gegen Unterdrückung und um Anerkennung von Schwarzen Frauen in den USA.<sup>81</sup> Der Begriff

76 Vgl. dazu etwa KÄLIN/LOCHER (Fn. 70), die darauf hinweisen, dass häusliche Gewalt in der Rechtspraxis oft nicht als strukturelle Diskriminierungsproblematik erkannt wird, sondern nur über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz abgehandelt wird.

77 Vgl. zum Begriff der Normalperson GAUCH PETER, *L'image de l'homme en droit: mélanges publ. par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Fribourg 1990, S. 13; und zur Konstruktion eines objektiven Dritten als Vergleichsgrösse im Antidiskriminierungsrecht KOCHER EVA, *Objektivität und gesellschaftliche Positionalität*, in: *Kritische Justiz* 2021/54(3), S. 268 ff., S. 270 ff.

78 Vgl. dazu auch BAER SUSANNE/BITTNER MELANIE/GÖTSCHKE ANNA LENA, *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Teilergebnisse im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes*. Vgl. zur Problematik des Vergleichs im Diskriminierungsrecht weiter auch ATREY SHREYA, *Comparison in Intersectional Discrimination*, in: *Legal Studies* 2018/38(3), S. 379 ff.

79 LIEBSCHER DORIS et al., *Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht*, in: *Kritische Justiz* 2012/45(2), S. 204 ff.

80 Vgl. dazu auch MEYER KATRIN, *Theorien der Intersektionalität zur Einführung*, Hamburg 2017, S. 96 f.

81 Vgl. dazu XENIDIS (Fn. 69), S. 47. Diese historische Verortung erscheint gerade angesichts des verbreiteten Anti-Schwarzen-Rassismus in der Schweiz adäquat, vgl. auch die Medienmitteilung der United Nations Working Group of Experts on People of African Descent vom 26. Januar 2022 zum Abschluss ihres offiziellen Länderbesuches in der Schweiz, die eine unzureichende Reflexion über systemischen Rassismus gerade in der Justiz feststellt (Ziff. 19).

insinuiert bereits die Interdependenz der einzelnen Diskriminierungskategorien und ist ohne eine Vorstellung von strukturellen und sich gegenseitig verstärkenden Ungleichheitsverhältnissen überhaupt nicht denkbar.<sup>82</sup> Damit allein durchbricht er die Vorstellung von Normalität und Abweichung, wie sie durch ein herkömmliches Verständnis von Diskriminierung auch im Recht hergestellt werden. Dem Begriff der Intersektionalität ist seine Verankerung in politischen Bewegungen eingeschrieben. Auch wenn seine Rezeption diese Geschichte zuweilen verschwinden lässt, verweist er, anders als der Begriff der Mehrfachdiskriminierung, nach wie vor auf sie. Dabei kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass Intersektionalität nicht nur eine Kritik an Antidiskriminierungsrecht, sondern immer auch eine an feministischer Theoriebildung war, von der die «kontinuierliche Reflexion auf eigene Tendenzen der Hegemonialisierung und des Ausschlusses»<sup>83</sup> verlangt wird.

#### 4 Rechtliche Anknüpfungspunkte zur Erfassung von intersektionaler Diskriminierung

Bereits CRENSHAW konzipierte Intersektionalität vor mehr als dreissig Jahren aus einer juristischen Perspektive. Dennoch fällt die Umsetzung in die Rechtsdogmatik nach wie vor nicht leicht.<sup>84</sup> Mittlerweile sind allerdings zahlreiche Arbeiten erschienen, die auch der Justiz als Orientierung für eine Weiterentwicklung des Antidiskriminierungsrechts dienen könnten.<sup>85</sup> Insbesondere in der Schweiz, die im internationalen Vergleich über sehr wenig über die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote hinausgehendes Gesetzesrecht verfügt, ist eine richterliche Auseinandersetzung mit dem Konzept dringend notwendig.<sup>86</sup> Eine wirksame Umsetzung von Antidiskriminierungsrecht, zu der sich die Schweiz auch international verpflichtet hat, bedingt den selbstverständlichen Einbezug einer intersektionalen Perspektive. Ein Blick auf internationale Menschenrechtsverträge veranschaulicht das.

82 A.A. KLEBER (Fn. 57).

83 PURTSCHERT/MEYER (Fn. 52), S. 135.

84 Dies gilt in der Schweiz, aber auch in anderen Rechtsordnungen, dazu oben Fn. 31. So hat sich etwa auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit der Umsetzung des Konzepts der Intersektionalität bisher eher schwergetan, vgl. LA BARBERA MARIA CATERINA, Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain, in: *Law and Society Review* 2019/53(4), S. 1167 ff.

85 Vgl. z. B. BAER (Fn. 51), S. 11 ff.; KLEBER (Fn. 27); NAGUIB (Fn. 34).

86 Vgl. zu den Stärken und Schwächen des Diskriminierungsrechts in der Schweiz KÄLIN/LOCHER (Fn. 70) sowie den Bericht des Bundesrates, Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, 25. Mai 2016. Anders sieht die Rechtslage etwa in Deutschland aus, wo aufgrund der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung des Allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf zur Ausarbeitung und Verabschiedung eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes geführt hatte.

#### 4.1 Völkerrecht: CEDAW

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>87</sup> ist für die Weiterentwicklung von Antidiskriminierungsrecht von zentraler Bedeutung. So anerkannte der CEDAW-Ausschuss schon 2004 in seiner allgemeinen Empfehlung Nr. 25 die Existenz indirekter Diskriminierung und machte deutlich, dass die CEDAW materielle Gleichbehandlung verlangt und auf eine Überwindung vergeschlechtlichter Machtverhältnisse abzielt.<sup>88</sup> Zu dieser Interpretation der Konvention kommt der Ausschuss aufgrund des in dieser Hinsicht deutlichen Art. 5, der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, für «einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern» zu sorgen. Das bedeutet konkret :

«La Convention poursuit le but d'une transformation sociétale, permettant à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer d'obstacles créés par les stéréotypes de genre y compris les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, ainsi que les stéréotypes intersectionnels.»<sup>89</sup>

Der CEDAW-Ausschuss hat schliesslich auch unmissverständlich festgehalten, dass eine intersektionale Perspektive für das der CEDAW inhärente Verständnis von Diskriminierung unabdingbar ist. Die CEDAW verpflichtet also die Vertragsstaaten, Vorkehrungen gegen Diskriminierungen zu treffen, die erst aus einer intersektionalen Verschränkung von verschiedenen Dimensionen entstehen oder sich dadurch noch verstärken.<sup>90</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der Ausschuss in seinem letzten Staatenberichtsverfahren gegenüber der Schweiz angemerkt hat, dass die Schweiz strukturelle Faktoren, die zu Ungleichheit führen, beseitigen muss und dabei auch intersektionale Diskriminierungsformen berücksichtigen sollte.<sup>91</sup> Dieses Verständnis findet sich explizit auch in den Allgemeinen Empfehlungen der Ausschüsse zum Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung

87 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW; SR 0.108).

88 CEDAW, General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), 2004.

89 COTTIER MICHELLE, Article 5, in: CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, Genf 2019, S. 131 ff., S. 141.

90 CEDAW, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010, CEDAW/C/GC/28, Ziff. 18; vgl. zum Ganzen auch LÜDI (Fn. 70), S. 27 ff.

91 CEDAW, Concluding Observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 26. November 2016, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, Ziff. 19(b).

(CERD)<sup>92</sup> und zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)<sup>93, 94</sup>.

## 4.2 Nationales Recht: Intersektionalität und Art. 8 Abs. 2 BV

Der Katalog der Diskriminierungsdimensionen des Art. 8 Abs. 2 BV ist nicht abschliessend.<sup>95</sup> Daraus ergibt sich dogmatisch eine grundsätzliche Offenheit für die Konzeptualisierung einer intersektionalen Perspektive innerhalb der Diskriminierungsverbote des Art. 8 Abs. 2 BV, auch wenn eine solche weder im Verfassungstext noch in den Materialien vorgesehen ist.<sup>96</sup> Diese Offenheit ist offensichtlich richtig und notwendig, um gesellschaftliche Entwicklungen in der Rechtsprechung nachvollziehen und neue Formen der Diskriminierung anerkennen zu können.<sup>97</sup> Explizite Hinweise auf die intersektionalen Aspekte von Diskriminierung fehlen in der Schweizer Rechtsordnung dagegen fast vollständig. Einzig Art. 5 Abs. 1 des Behindertengleichstellungsgesetzes<sup>98</sup> verweist auf die besonderen Bedürfnisse von Frauen mit Behinderung.<sup>99</sup> Die Konzeption von Diskriminierung in Verfassung und Gleichstellungsgesetzen folgt also einer eindimensionalen Logik und befindet sich damit nach wie vor in dem bereits 1989 von Crenshaw kritisierten Zustand. Vorstellbar ist entsprechend nur die Möglichkeit einer additiven Diskriminierung. So wird etwa vorgeschlagen, das Zusammenspiel verschiedener Diskriminierungskategorien über die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Ungleichbehandlung abzuhandeln und zu fragen, ob sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Merkmale (oder eben Kategorien) eine insgesamt unzumutbare Belastung ergibt.<sup>100</sup> Ein solcher Ansatz blendet jedoch aus, dass bei einer intersektionalen Diskriminierung nicht unbedingt eine verpönte Ungleichbehandlung aufgrund verschiedener Diskriminierungskategorien gleichzeitig vorliegt, die sich gegenseitig noch verstärken. Das Konzept der intersektionalen Diskriminierung erfasst vielmehr eben auch jene Konstellationen, bei denen für sich genommen keine Diskriminierung erkennbar ist, sondern sich gerade erst durch das Zusammenspiel ergibt – die Verschränkung von Diskriminierungsdimensionen also Ursache der Ungleichbehandlung ist und nicht lediglich Verstärkung.

92 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (CERD; SR 0.104).

93 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (CRPD; SR 0.109).

94 LÜDI (Fn. 70), S. 27 ff.

95 BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 23 zu Art. 8 BV.

96 Vgl. dazu NAGUIB (Fn. 35), S. 235 f.

97 KLEBER (Fn. 27), S. 160; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 143.

98 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

99 BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, in: CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015, Art. 11 N 21.

100 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 445.

## 5 Intersektionalität als Leerstelle in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Urteil zur «intersektionellen» Diskriminierung ist das erste Urteil, in dem sich das Bundesgericht überhaupt explizit mit einer mehrdimensionalen Diskriminierung auseinandersetzt, obwohl es schon früher Anlass dazu gegeben hätte.<sup>101</sup> In früheren Urteilen befasste sich das Gericht, wie bereits dargelegt, bestenfalls mit der Frage, ob eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt.<sup>102</sup> Diese Leerstelle<sup>103</sup> in der Schweizer Rechtsprechung wurde im vorliegenden Fall nach jahrelangem Schweigen der Justiz bemerkt. Von einem Füllen dieser Leerstelle kann jedoch keine Rede sein. Dass insbesondere das bundesgerichtliche Urteil den Schwerpunkt der Begründung auf eine Einzelprüfung der Kategorien «soziale Stellung», «Behinderung» sowie «Geschlecht» resp. «alleinerziehend» und der jeweiligen Gruppenzugehörigkeit legte und die angemessene Sorgfalt in der Auseinandersetzung mit dem Zusammenwirken dieser Kategorien vermissen liess, deutet darauf hin, dass das Bundesgericht seine eindimensionale Perspektive auf Diskriminierungen beibehalten hätte, wenn nicht die Anwältin in ihrer Beschwerde auf einer intersektionalen Perspektive insistiert hätte.<sup>104</sup> Auch setzte sich das Bundesgericht seither nicht mehr mit einer intersektionalen Analyse auseinander, obwohl sich die Annahme einer solchen mindestens bei BGE 147 I 89, wo eine Diskriminierung aufgrund des Alters schliesslich bejaht wurde, jedenfalls angeboten hätte.<sup>105</sup> Die Rechtsprechung unterliess es bislang, intersektionale Diskriminierungen, die sich aus der Verbindung verschiedener Dimensionen ergeben, in den schweizerischen rechtlichen Rahmen einzuordnen. Grund dafür ist unter anderem, dass sich das Bundesgericht – trotz der dogmatischen Offenheit des Art. 8 Abs. 2 BV – einem gruppistischen Programm verschrieben hat, das es unterlässt, komplexe Verhältnisse umfassend zu analysieren.<sup>106</sup>

## 6 Sozialhilfebezug als paradigmatischer Fall intersektionaler Diskriminierung

Im vorliegend diskutierten Fall hat sich die Frage der intersektionalen Diskriminierung, wie bereits erläutert, am Sozialhilfebezug der betroffenen Frau gestellt. Dies ist kein Zu-

101 Vgl. dazu LÜDI (Fn. 70), S. 10, sowie KLEBER (Fn. 27), S. 180 f. So etwa im Entscheid BGE 138 I 305 bezüglich des Zusammenspiels der Kategorien «Herkunft» und «Behinderung».

102 Vgl. dazu auch oben Kapitel 3.2. Für die kantonalen Gerichte gilt das ebenso, siehe dazu auch die Studie von LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 114/2018, S. 82 f.

103 NAGUIB (Fn. 35), S. 231.

104 Vgl. oben Kapitel 2.; zur Frage der Rügepraxis auch NAGUIB (Fn. 35), S. 240.

105 Zur Diskussion stand die Verwaltungspraxis, wonach grundsätzlich keine Aufenthaltsbewilligungen zu Studienzwecken an ausländische Personen über 30 Jahre erteilt werden. Das Bundesgericht verwies sogar auf die Benachteiligung, die solche Regelungen für «les personnes qui présentent un cursus universitaire moins «classique»» bedeuteten (E. 7), ging aber nicht weiter darauf ein.

106 Vgl. zum gruppistischen Verständnis des Bundesgerichts exemplarisch BGE 132 I 49 E. 8.2; kritisch zu einem derartigen Verständnis BAER (Fn. 51).

fall. Armut – und im schweizerischen Kontext namentlich der Sozialhilfebezug – ist ein paradigmatischer Fall für das Zusammenspiel und die gegenseitige Verstärkung bereits bestehender struktureller Ausschlusskriterien. So geht Armut, wie der vorliegende Fall zeigt, oft Hand in Hand mit der Herkunft, der sozialen Stellung, dem Geschlecht oder der Lebensform.<sup>107</sup> Alleinerziehende und Personen aus dem Asylbereich zum Beispiel sind deutlich häufiger auf Sozialhilfe angewiesen.<sup>108</sup> Wenn sich das Bundesgericht also weigert, Sozialhilfebezug oder Armut als verpönte Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV anzuerkennen, ist dies nicht einfach neutraler Ausdruck einer liberalen Staatsordnung, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hoch gewichtet, sondern blendet aus, wie sehr die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von anderen strukturellen Faktoren gesellschaftlicher Marginalisierung abhängt.<sup>109</sup> Wie ATREY ausführt, ist Armut vielmehr

«intersectional not only in terms of its complex structural disadvantage which goes beyond the level of income or wealth towards a broader conception of harms including loss of dignity and autonomy, social exclusion and so on, but also because it cuts across other systems of subordination associated with status groups».<sup>110</sup>

Armut wird folglich durch bereits bestehende Benachteiligung verstärkt und führt wiederum selbst zu weiterer Benachteiligung. So ist Armut klar von soziodemografischen Faktoren, wie der familiären Situation, dem Alter, und der Herkunft, abhängig.<sup>111</sup> Armutsbetroffene Menschen sind ausserdem bei der Wahrnehmung ihrer Rechte und der gesellschaftlichen Teilhabe benachteiligt.<sup>112</sup> Armutsbetroffene Kinder etwa sind in ihren Teilhabe- und Entwicklungsmöglichkeiten stark eingeschränkt, was unter anderem dazu führt, dass sich Armut von einer Generation zur nächsten fortsetzt.<sup>113</sup>

Das Bundesgericht hat selbst in einem Leitentscheid zum Bürgerrecht festgehalten, dass Armut insoweit zu Herabminderung und Stigmatisierung führen könne, «als diese oftmals auf [der] stereotype[n] Auffassung beruhen, die Lage der Betroffenen sei Ausdruck persönlichen Versagens oder gründe auf selbstverschuldetem Scheitern oder gar

107 So auch SUTER ALEXANDER, Armut als Diskriminierungsmerkmal? Überlegungen zur Entwicklung von Art. 8 Abs. 2 BV, in: Jusletter vom 6. Juni 2016, Rz. 16.

108 Laut dem Bundesamt für Statistik sind Kinder, Ausländer\*innen und geschiedene Personen deutlich häufiger sozialhilfeabhängig, vgl. Bundesamt für Statistik, Grafik «Die Wirtschaftliche Sozialhilfe», BFS-Nr. gi-d-13.05.02-2021a, 21. Dezember 2021. Einelternhaushalte und Haushalte mit mehr als drei Kindern sind ausserdem einem deutlich grösseren Armutsrisiko ausgesetzt.

109 So etwa in BGE 135 I 49 E. 5. Dazu grundlegend SUTER ALEXANDER, Armut und Diskriminierung, Eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz, Zürich 2015. Vgl. zur Vorstellung der Neutralität einer meritokratischen Gesellschaft auch SANDEL MICHAEL J., The Tyranny of Merit: What's Become of the Common Good?, New York 2020.

110 ATREY SHREYA, The Intersectional Case of Poverty in Discrimination Law, in: Human Rights Law Review 2018/14, S. 411 ff., S. 416.

111 Bundesamt für Statistik, Armutsgefährdung, nach verschiedenen soziodemografischen Merkmalen, BFS-Nr. je-d-20.03.02.02.01, 18. Februar 2021.

112 Vgl. etwa CHIAPPARINI EMANUELA et al., Modelle der Partizipation armutsbetroffener und -gefährdeter Personen in der Armutsbekämpfung und -prävention, Schlussbericht, 31. März 2020, insb. S. 21 f. Weiter auch SUTER (Fn. 109), S. 55 ff.

113 Bundesamt für Statistik, Armut und materielle Entbehrung von Kindern. Erhebung über die Einkommen und Lebensbedingungen (SILC) 2014, 18. November 2016.

moralischer Schwäche». <sup>114</sup> Staatliche Unterstützungsleistungen wie Sozialhilfe – so das Bundesgericht im besagten Urteil – sollten gerade der möglichen Diskriminierung von Personen «in entsprechender finanzieller Lage» begegnen. <sup>115</sup>

Ungeachtet des Diskriminierungspotenzials von Regelungen, die auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen, hat der Schweizer Gesetzgeber den Bezug von staatlichen Unterstützungsleistungen und namentlich von Sozialhilfe in den letzten Jahren immer öfter mit negativen Konsequenzen verknüpft. <sup>116</sup> Besonders deutlich zeigt sich dies im Migrationsrecht, wo das Aufenthaltsrecht ausländischer Personen zunehmend an den Nichtbezug von Sozialhilfe geknüpft wird und die Inanspruchnahme staatlicher Unterstützungsleistungen mit einer Rückstufung oder gar dem Entzug des Bürgerrechts sanktioniert werden kann. <sup>117</sup>

Auch im Bürgerrecht wurden die Anforderungen an die wirtschaftliche Selbsterhaltungsfähigkeit im Rahmen der Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes <sup>118</sup> auf Bundesebene erhöht. <sup>119</sup> So setzt Art. 12 Abs. 1 lit. a BÜG neu ausdrücklich voraus, dass eine Person nur als integriert gelten kann und damit eingebürgert werden darf, wenn sie am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die Bürgerrechtsverordnung konkretisiert, dass nur am Wirtschaftsleben teilnimmt, wer seine Lebenshaltungskosten und Unterhaltsverpflichtungen durch Einkommen, Vermögen oder Leistungen Dritter, auf die ein Rechtsanspruch besteht, decken kann und während des Einbürgerungsverfahrens und in den drei Jahren davor keine Sozialhilfe bezogen oder diese vollumfänglich zurückerstattet hat. <sup>120</sup> Die Bestimmung wurde aus kantonalen Bürgerrechtsgesetzen übernommen, wo die Voraus-

---

114 BGE 135 I 49 E. 5.

115 Ebd.

116 Vgl. etwa die Verschärfungen im Rahmen der Revision des Ausländergesetzes (AuG) zum Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20), die seit dem 1. Januar 2019 erlauben, Personen mit Niederlassungsbewilligung, die sich länger als 15 Jahre in der Schweiz aufhalten, die Bewilligung zu entziehen (Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG), insb. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2397, S. 2429 f. Im Januar 2022 hat der Bundesrat ein weiteres Vernehmlassungsverfahren für eine Revision des AIG zur Einschränkung der Sozialhilfeleistungen für Drittstaatsangehörige eröffnet. Vgl. etwa auch die Darstellung der Rechtsentwicklung in COULLERY PASCAL, Kantonales Sozialhilferecht als Teilsystem der sozialen Sicherheit, in: SZS 2021/2, S. 74 ff., insb. S. 80 ff.

117 Dazu auch SPESCHA MARC, Ausländische Sozialhilfebeziehende im Fokus der Migrationsbehörde, in: Jusletter vom 8. März 2021; SUTER ALEXANDER, Integration und Ausschluss: Folgen von Sozialhilfebezug für Ausländerinnen und Ausländer, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, Bern 2021, S. 3 ff.; BORRELLI LISA MARIE et al., (Un)Conditional Welfare?, Tensions Between Welfare Rights and Migration Control in Swiss Case Law, in: Sciendo 2021/47(1), S. 93 ff., S. 99. Für eine ähnliche Entwicklung im Strafrecht etwa BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, in: ZStrR 2017/135, S. 117 ff., S. 132 ff.; KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN, L'accès au Tribunal fédéral sera-t-il doné avant réservé aux prévenus fortunés?, in: Jusletter vom 1. Februar 2016.

118 Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht vom 14. Juni 2014 (BÜG; SR 141.0).

119 Siehe auch VON RÜTTE BARBARA, Das neue Bürgerrechtsgesetz, in: Anwaltsrevue 2017/5, S. 202 ff., S. 208.

120 Art. 7 Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (BüV; SR 141.01).

setzung der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit – wie das vorliegende Beispiel des Kantons Bern zeigt – teilweise bereits vorher bestanden hat oder noch weiter geht.<sup>121</sup>

Art. 12 Abs. 2 BÜG sieht zwar vor, dass die Situation von Personen, die aufgrund einer Behinderung oder Krankheit oder «anderen gewichtigen persönlichen Umständen» auf Sozialhilfe angewiesen sind, berücksichtigt werden soll und will so dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung tragen. Wie der vorliegende Fall zeigt, verunmöglicht die enge Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips ohne Einbezug einer intersektionalen Analyseperspektive jedoch, dass über den konkreten individuellen Fall hinaus auch die vielschichtigen und strukturellen Faktoren, die zu Armut, Nichtteilnahme am Erwerbsleben und Sozialhilfeabhängigkeit führen, angemessen berücksichtigt werden.

Wie die beiden Urteile im vorliegenden Fall weiter deutlich machen, wird das Fehlen einer intersektionalen Analyseperspektive bei Sozialhilfebezug dadurch zusätzlich verstärkt, dass die Vermeidung von staatlichen Wohlfahrts- und Unterstützungsleistungen weitgehend unbestritten als legitimes öffentliches Interesse gilt.<sup>122</sup> Die Kosten für die öffentliche Wohlfahrt sollen möglichst tief gehalten werden. Zum Schutz der öffentlichen Finanzen können ausländische Personen, die Sozialhilfe beziehen, also etwa aus der Schweiz weggewiesen oder vom Erwerb des Bürgerrechts ausgeschlossen werden.<sup>123</sup>

Dass eine menschenwürdige Existenzsicherung, mindestens nach einem Teil der Lehre, jedoch ein Grundrecht ist,<sup>124</sup> das grundsätzlich auch ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz zusteht, geht dabei vergessen oder wird aufgrund der Unterminderung von Sozialstaatlichkeit durch wirtschaftspolitische Erwägungen zunehmend zur finanziellen Disposition gestellt.<sup>125</sup> Stattdessen wird – wie auch im vorliegend diskutierten Fall – argumentiert, jede\*r könne einer Erwerbstätigkeit nachgehen und sich so von der Sozialhilfe lösen.<sup>126</sup> Wer dies nicht tue, solle nicht geschützt werden. Die strukturellen Faktoren, die eine Vermeidung von oder eine Ablösung aus der Sozialhilfe erschweren oder gar verunmöglichen, werden dabei ausgeblendet.<sup>127</sup>

Die Tatsache, dass arme Personen genau wegen ihrer Armut besonderer Gefahr von Diskriminierung und Marginalisierung ausgesetzt sind und deswegen gleichzeitig auch

- 
- 121 Im Kanton Bern wurde die Zehnjahresfrist für den Bezug von Sozialhilfe mit Annahme einer Volksinitiative durch das Stimmvolk am 24. November 2013 eingeführt.
- 122 Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 8. März 2013, BBl 2013 2397, S. 2416. Vgl. etwa auch BGE 135 I 49 E. 6.3; Urteil des BGER 2C\_98/2018 vom 7. November 2018 E. 4.4; Urteil des BGER 2C\_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 5.1; Urteile des BGER 2C\_667/2020, 2C\_536/2020 und 2C\_97/2020 jeweils vom 19. Oktober 2021 jeweils E. 5 ff.; Urteil des BGER 2C\_158/2021 vom 3. Dezember 2021 E. 4.3 ff.
- 123 Art. 62 Abs. 1 lit. e und Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG.
- 124 Vgl. dazu etwa AMSTUTZ KATHRIN, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, Bern 2002; BELSER EVA MARIA/BÄCHLER THEA, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, in: ZBl 2020/112, S. 463 ff.; GÄCHTER THOMAS, Soziale Grundrechte – das nackte Überleben oder mehr?, in: Ius.full 2007/3+4, S. 138 ff.
- 125 SUTER (Fn. 112), S. 213.
- 126 Vgl. auch ELLERMANN ANTJE/GOENAGA AGUSTÍN, Discrimination and Policies of Immigrant Selection in Liberal States, in: Politics & Society 2019/47(1), S. 87 ff., S. 91; BORRELLI et al. (Fn. 117), S. 99 ff.
- 127 ATREY (Fn. 110), S. 421.

grössere Schwierigkeiten haben, sich wieder von der Sozialhilfe zu lösen, wird durch das Kriterium der wirtschaftlichen Selbsterhaltungsfähigkeit also geradezu in das Gegenteil verkehrt. Arme ausländische Personen sollen von Anfang an gar nicht mehr Teil der Gemeinschaft werden.

Das Beispiel des Sozialhilfebezugs zeigt also exemplarisch, wie notwendig eine intersektionale Analyseperspektive ist, um die tatsächliche Komplexität von Diskriminierungsverhältnissen zu erfassen und zu verhindern, dass Personen, die aufgrund des Zusammenspiels verschiedener Kategorien bereits benachteiligt sind, weiter marginalisiert und an der Wahrnehmung ihrer Rechte gehindert werden.

## 7 Schlussfolgerungen

Komplexe Diskriminierungsverhältnisse, wie diejenigen im vorliegenden Einbürgerungsfall, können nur mit einer intersektionalen Analyseperspektive überhaupt erkannt und rechtlich bearbeitet werden. Ohne eine ernsthafte Auseinandersetzung der schweizerischen Gerichte mit dem Konzept der Intersektionalität wird es nicht gelingen, alle Herrschaftsverhältnisse tatsächlich in den Blick zu nehmen.<sup>128</sup>

Beispielhaft hat die Analyse des vorliegenden Falls gezeigt, wie hilflos Rechtsdogmatik und Praxis angesichts der Komplexität alltäglicher Verhältnisse sind. Dass der Begriff der Intersektionalität überhaupt Eingang in die Schweizer Rechtsprechung fand, ist einzig der Rezeption einer sich kritisch mit der Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts beschäftigenden Wissenschaft durch die betreffende Anwältin zu verdanken.

Erneut hatten sich die Gerichte mit der Frage von Diskriminierung in einem Einbürgerungsentscheid auseinanderzusetzen. Es ist kaum eine Überraschung, dass sich elementare Fragen des Diskriminierungsrechts gerade hier stellen.<sup>129</sup> Nicht ganz alltäglich ist jedoch, dass derartige Fälle tatsächlich vor Gericht verhandelt werden – auch der Zugang zur Justiz ist abhängig von strukturellen Voraussetzungen, die sich nicht unabhängig von Diskriminierungen konstituieren.<sup>130</sup> Die Auffassung der Gerichte, dass Personen, die Sozialhilfe beziehen, nicht besonders vor Diskriminierung zu schützen sind, ist, wie bereits angedeutet, so nicht haltbar. Der Bezug von Sozialhilfe müsste jedenfalls als Indiz für eine mögliche Diskriminierung aufgrund der Kategorie der «sozialen Stellung» des Art. 8 Abs. 2 BV gelten und eine ernsthafte Prüfung nach sich ziehen.<sup>131</sup> Der Verweis darauf, dass der Bezug von Sozialhilfe jedenfalls im vorliegenden Fall kein elementares Persönlichkeitsmerkmal darstelle und dass sich die Beschwerdeführerin in Zukunft von dieser Abhängigkeit lösen können, genügt nicht.<sup>132</sup>

Letztlich ist die Frage, ob Sozialhilfebezüger\*innen als Gruppe historisch benachteiligt wurden und ob es sich dabei um einen elementaren Aspekt der Persönlichkeit

128 Vgl. oben, BUCKEL (Fn. 2). Ausserdem ergäbe sich aus einer intersektionalen Perspektive auch das Potenzial, präzisere rechtsdogmatische Reflexionsinstrumente zu entwickeln, um beispielsweise die Schwere von Diskriminierungen oder die angemessene Beweislastverteilung zu beurteilen.

129 Vgl. dazu KÄLIN/LOCHER (Fn. 70), S. 43 f.

130 Ebd.

131 SUTER (Fn. 112), S. 230.

132 Vgl. oben, Fn. 16.

handelt, für die vorliegende Auseinandersetzung mit dem Konzept der Intersektionalität auch nur von untergeordneter Bedeutung. Diese Fragestellung entspringt nämlich der herkömmlichen, individualistischen Perspektive der Diskriminierungsdogmatik. Würde der vorliegende Fall hingegen konsequent aus einer intersektionalen Analyseperspektive betrachtet, wie dies die Anwältin der Beschwerdeführerin auch verlangt hatte, würde offensichtlich, dass soziale Stellung, Geschlecht, Behinderung und «alleinerziehend» gesellschaftliche Strukturkategorien sind, die sich gegenseitig reproduzieren. Eine Perspektive, die solche von Machtverhältnissen abhängigen Strukturkategorien ernst nimmt, hätte es ausserdem ermöglicht, die Situation der Beschwerdeführerin als alleinerziehende Mutter als indirekte Geschlechterdiskriminierung zu verstehen. Die Vergleichsgruppenbildung, welche die Gerichte hier vorgenommen haben, ist keineswegs zwingend und hätte entsprechend begründet werden müssen.

Relevanz und Beispielhaftigkeit des diskutierten Falles ergeben sich auch aus der Bedeutung von Staatsbürgerschaft für die rechtliche Subjektivierung im Schweizer Verfassungsstaat. Der Beschwerdeführerin wird die Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft und damit der Status als Bürgerin verweigert.<sup>133</sup> Das beinhaltet den Ausschluss aus elementaren demokratischen Rechten. Es wird offensichtlich, wie Staatsbürgerschaft als Konstitutionsmoment politischer Intelligibilität verstanden werden muss.

Aus einer intersektionalen Analyseperspektive ist es also nicht zufällig, dass eine alleinerziehende, armutsbetroffene Frau mit Care-Verpflichtungen gegenüber ihrem schwer beeinträchtigten Kleinkind nicht eingebürgert wird. Das Kriterium der Sozialhilfeunabhängigkeit trifft Frauen, Kinder, Alleinerziehende und Menschen mit Behinderungen ungleich stärker. Wo diese Faktoren zusammenspielen, ist der Ausschluss nicht mehr Ergebnis eines unglücklichen Zusammenspiels von Lebensumständen und des Fehlens individueller Anstrengung, sondern Folge struktureller Benachteiligung und gesellschaftlicher Hierarchien.

Dabei verschränkt sich in der heutigen Schweizer Praxis ein gruppistisches Verständnis der Diskriminierungsdogmatik mit stereotypen Vorstellungen bestimmter Lebensverhältnisse: Als alleinerziehende Frau mit umfassenden Care-Aufgaben für ein beeinträchtigtes Kind werden ihr auch längerfristig nicht dieselben Rechte zugestanden, wie sie für andere selbstverständlich sind. Die Verweigerung der Einbürgerung der betroffenen Frau aufgrund ihrer Sozialhilfeabhängigkeit führt insofern aus dem Blickwinkel eines intersektionalen Ansatzes zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbots. Die Tatsache, dass die Bürgerrechtsgesetzgebung die Einbürgerung bei Sozialhilfebezug ausschliesst, ändert daran nichts. Vielmehr ist ein Recht, das bestehende gesellschaftliche Ausschlussmechanismen nicht aufbricht, sondern reproduziert, konstitutiv für die Perpetuierung diskriminierender Strukturen.<sup>134</sup>

Das Bundesgericht hat im vorliegend besprochenen Fall die Gelegenheit verpasst, sich auf eine ernsthafte Auseinandersetzung mit intersektionalen Perspektiven einzulassen. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt jedoch die Verantwortung zu, aktuelle Entwicklungen im Bereich der interdisziplinären Diskriminierungsforschung

133 Vgl. dazu ausführlich VON RÜTTE BARBARA, *The Human Right to Citizenship, Situating the Right to Citizenship within International and Regional Human Rights Law*, Brill Nijhoff, Leiden 2022.

134 In Anlehnung an MARKARD (Fn. 54), S. 363.

angemessen mitzubersichtigen: Mittlerweile können die Gerichte auf einen umfassenden Wissensschatz zugreifen, der es ihnen erlauben würde, Gruppenvergleiche zu überwinden und Analysen des sozialen Kontexts so vorzunehmen, dass die Diskriminierungsverbote auch tatsächlich wirksam werden können.