

Zugang von Transmenschen zu geschlechtsspezifischen Räumen – Was sagt das Recht?»

«Transfrauen in der Frauensauna?» titelte die «Süddeutsche Zeitung» im Zusammenhang mit der Debatte über ein neues «Selbstbestimmungsgesetz» in Deutschland. Auch hierzulande stellen sich Anbieter von geschlechtsspezifischen Räumen, seien dies etwa Umkleidekabinen von Sportanlagen oder geschlechtergetrennte Wellnessanlagen, vermehrt die Frage, wen sie wo hineinlassen dürfen bzw. müssen. Eine eindeutige Antwort gibt es nicht.

TEXT: DR. SIAN AFFOLTER
FOTOS: ZVG

Als «trans» werden Menschen bezeichnet, deren inneres Wissen, welches Geschlecht sie haben (Geschlechtsidentität), nicht oder nicht vollständig demjenigen entspricht, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Als Transfrau wird folglich eine Frau verstanden, die bei ihrer Geburt aufgrund ihres Körpers als Junge eingeordnet wurde. Der Transmann wurde bei der Geburt aufgrund seines Körpers hingegen als Mädchen eingeordnet. Dass es Transmenschen und Menschen gibt, die sich keinem der Geschlechter zugehörig fühlen, ist Tatsache. Was aber, wenn Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht übereinstimmt, um Zugang zu geschlechtsspezifischen Räumen, etwa Umkleidekabinen oder einer Frauensauna, ersuchen?

Vorab: Das Recht bietet hier (wie so häufig) keine klare Antwort. Eine solche kann auch kaum erwartet werden, ist doch die Ausgangslage entsprechend komplex. Involviert sind verschiedene Personen. Auf der einen Seite steht die Transperson, die ein Bedürf-

nis hat, dass ihre Entscheidung über die Geschlechtsidentifikation respektiert und ihre Intimsphäre geschützt wird. Auf der anderen Seite besteht auch seitens der Besucher und Besucherinnen, deren biologisches Geschlecht mit der Geschlechtsidentität übereinstimmt, ein Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre und – insbesondere bei Frauen – ein Bedürfnis nach «sicheren Räumen», d. h. Räumen, in denen sie vor Belästigungen eher geschützt sind. Je nachdem können diese Interessen gegenläufig sein.

Kein Diskriminierungsverbot für private Anbieter

Während die Bundesverfassung es dem Staat verbietet, Menschen aufgrund ihrer Geschlechtsidentität zu diskriminieren, kennt das Schweizer Recht – ausgenommen der Kontext des Erwerbslebens – gegenüber Privaten kein umfassendes Diskriminierungsverbot. Diskriminierungen gegenüber Transmenschen sind grundsätzlich auch nicht strafbar. Im Gegensatz dazu sieht Art. 261bis Abs. 5 Strafgesetzbuch (StGB) vor, dass sich strafbar macht, wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung verweigert. Im Zuge der im Jahr 2020 in Kraft getretenen Revision der Bestimmung hat es die Bundesversammlung aber explizit abgelehnt, auch das Anknüpfen an die Geschlechtsidentität in die Bestimmung aufzunehmen.

Aus dem fehlenden Diskriminierungsverbot kann aber nicht geschlossen werden, dass das Recht keinerlei Vorgaben hinsichtlich des Zugangs von Transmenschen zu geschlechtsspezifischen Räumen bereithalte. Was private Anbieter angeht, muss dabei zwischen zwei Zeitpunkten unterschieden werden: Vor und nach dem Abschluss eines Vertrags. Dabei ist daran zu erinnern, dass es für den Abschluss eines Vertrags nur eine übereinstimmende, ausdrückliche oder stillschweigende, gegenseitige Willensäußerung der Parteien braucht. Beahlt eine Person z. B. an der Kasse ein Eintrittsgeld und wird sie im Gegenzug durch ein Drehkreuz gelassen, ist ein Vertrag zustande gekommen.

Rechtslage vor dem Einlass der Transperson

In der Schweiz gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Es ist grundsätzlich jeder Person selbst überlassen, mit wem sie ein Vertragsverhältnis eingehen will und mit wem nicht. In der Regel besteht keine sogenannte Kontrahierungspflicht. Die Betreiberin einer Sauna kann damit z. B. nicht gezwungen werden, allen Personen, die um Einlass ersuchen und den Eintrittspreis bezahlen, auch tatsächlich Eintritt zu gewähren.

Allerdings kann die Verweigerung des Vertragsabschlusses eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ff. Zivilgesetzbuch (ZGB) darstellen. Die Geschlechtsidentität stellt einen geschützten Aspekt der Persönlichkeit dar, der auch von Privaten respektiert werden muss. Identifiziert sich eine Person als Frau, kann die Weigerung, dies ebenfalls so zu sehen, eine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Allerdings kann die Verletzung der Persönlichkeit im Einzelfall gerechtfertigt werden, womit sie dann gerade nicht widerrechtlich ist.

Wird nun z.B. einer Transfrau der Abschluss eines Vertrags über den Eintritt in die Frauensauna verweigert, wird die Frau damit wohl in ihrer Persönlichkeit verletzt. Allerdings könnte die Betreiberin in einem solchen Fall als Rechtfertigungsgrund einerseits ihre eigene Vertragsfreiheit sowie andererseits den Schutz der Intimsphäre der anderen Saunabesucherinnen ins Feld führen. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Welche Interessen in einem solchen Fall höher zu gewichten sind, kann – auch mangels Rechtsprechung hierzu – nicht abschliessend beantwortet werden.

Eine Rolle dürfte bei der Interessenabwägung dabei auch spielen, ob für die Transperson Alternativen zu den geschlechtsspezifischen Räumen vorliegen. Es ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Interesse einer Transfrau am Besuch einer Frauensauna oder einer Umkleidekabine für Frauen geringer wertet, wenn auch eine gemischte Sauna oder eine Unisex-Kabine zur Verfügung steht, als wenn die Transfrau sonst die Männersauna oder die Männerkabine benutzen muss.

Rechtslage nach dem Einlass der Transperson

Ist der Person bereits Einlass gewährt worden und stellt sich erst danach heraus, dass die betroffene Person Räume betritt, die spezifisch auf ein Geschlecht ausgerichtet sind, dem sie aus biologischer Sicht nicht entspricht, <kommen aus rechtlicher Sicht noch weitere zu beachtende Facetten hinzu. In diesem Moment befindet sich die Anbieterin der Räumlichkeiten in einem Vertragsverhältnis mit der Transperson. Es stellt sich daher die Frage, ob die Transperson eine Vertragsverletzung begeht und aus den geschlechtsspezifischen Räumen verwiesen und gehalten werden kann, sich z. B. in die Männerkabine oder die gemischte Sauna zu begeben.

Gleichzeitig besteht auch zwischen der Anbieterin und den anderen Besucherinnen und Besuchern ein Vertragsverhältnis. Auch diesen hat man den Zugang zu Räumen versprochen, in denen sich nur Personen desselben Geschlechts aufhalten. Besucherinnen einer Frauensauna haben etwa gegenüber der Saunabetreiberin einen Anspruch, dass sich in der Frauensauna eben nur Frauen aufhalten.

Eine Frage an dieser Stelle ist, was der Inhalt sowohl des Vertrags mit der Transperson als auch mit den anderen Besucherinnen und Besuchern ist. Hier geht es letztlich um die Frage, was die Parteien bei Vertragsschluss unter den Begriffen «Frau» und/oder «Mann» verstanden haben. Das Recht sieht hier keine verbindliche Antwort vor, weshalb es den Parteien unbenommen ist, sich diesbezüglich zu einigen. In aller Regel wird über solche Fragen an einer Eintrittskasse aber nicht philosophiert. Vor diesem Hintergrund ist es den Betrieben zu empfehlen, sich vor gängig Gedanken zu dieser Frage zu machen.



Dr. Sian Affolter ist Rechtsanwältin bei der Tschümperlin Lötcher Schwarz AG in Luzern. Ihre Tätigkeitsgebiete umfassen das Bau- und Immobilienrecht, Verträge/Haftpflicht/Ver sicherungen, Verwaltung/ Staat/Vergaben und Prozesse/Verfahren/Insolvenz.

Um zu definieren, was unter dem Begriff «Frau» oder «Mann» verstanden wird, stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung. Es kann auf das biologische Geschlecht, d. h. die primären Geschlechtsmerkmale, abgestellt werden. Oder aber man stellt auf die Selbstidentifikation der Person ab. Im Sinne einer «Zwischenlösung» auch möglich wäre das Abstellen auf das Geschlecht, das im Personenstandsregister eingetragen ist, d. h. in den Ausweisdokumenten aufgeführt wird. Dieses muss nicht mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht übereinstimmen. So haben Transmenschen seit dem 1. Januar 2022 die Möglichkeit, das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht durch Abgabe einer Erklärung ändern zu

Aus rechtlicher Sicht empfiehlt es sich jedenfalls, sich als Anbieterin damit auseinandersetzen, was man unter «Frau» und «Mann» verstehen will, und diesen Entschluss Besucherinnen und Besuchern gegenüber offen zu kommunizieren.

lassen. Vorausgesetzt wird, dass die Person innerlich fest davon überzeugt ist, nicht dem eingetragenen Geschlecht zuzugehören, wobei missbräuchliche Änderungen strafbar sind.

Hat man sich als Anbieterin von geschlechtsspezifischen Räumlichkeiten oder Dienstleistungen festgelegt, wie man die Termini «Frau» und «Mann» definiert, gilt es, das Resultat dieser Überlegungen gegenüber der anderen Vertragspartei zu kommunizieren. Am einfachsten erfolgt dies etwa in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Damit die AGB aber auch tatsächlich Bestandteil des Vertrags werden und man sich später darauf berufen kann, müssen sie der anderen Vertragspartei bei Abschluss zur Kenntnis gebracht werden. Das ist etwa dann der Fall, wenn explizit darauf hingewiesen wird oder wenn sie unübersehbar aufgehängt sind oder aufliegen.

Hat man sich beim Abschluss des Vertrags, also vor dem Passieren eines allfälligen Drehkreuzes, geeinigt, was die Parteien unter «Frau» oder «Mann» verstehen (eben z. B. durch Kenntnisnahme der AGB), kann man sich anschliessend darauf berufen, wenn die eine Partei das doch anders ausgelegt haben will, d. h. wenn etwa ein Transmann sich Zugang zur Män-

nerkabine verschaffen will, obschon man sich geeinigt hat, dass auf das biologische Geschlecht abgestellt wird, oder wenn eine Besucherin verlangt, die Transfrau sei aus der Frauensauna zu verweisen, obschon man sich darauf geeinigt hat, dass auf die eigene Identifikation der Personen abgestellt wird.

Was, wenn die Anlage von der öffentlichen Hand betrieben wird?

Zumindest auf dogmatischer Ebene leicht anders verhält es sich, wenn die fragliche Anlage von der öffentlichen Hand, etwa einer Gemeinde, betrieben wird. Diese hat sich nämlich, im Gegensatz zu privaten Anbietern, an das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot zu halten. Entsprechend darf sie grundsätzlich einer Person nicht aufgrund der Geschlechtsidentität eine Leistung verweigern.

Allerdings ist auch hier zu beachten, dass die Gemeinde beim Betrieb etwa einer Frauensauna nicht nur gegenüber der um Einlass ersuchenden Transperson, sondern auch gegenüber den anderen Besucherinnen und Besuchern, die geschlechtsspezifische Räumlichkeiten aufsuchen möchten, gewisse Pflichten hat. Diese hat sie in der jeweiligen Intimsphäre zu schützen. Das fließt aus dem Grundrecht auf persönliche Freiheit. Damit liegt eine sogenannte Grundrechtskollision vor: auf der einen Seite der grundrechtliche Anspruch auf Diskriminierungsschutz und auf Schutz der persönlichen Freiheit der

Transperson und auf der anderen Seite ebenfalls ein Anspruch auf Schutz der persönlichen Freiheit der anderen Besucherinnen bzw. Besucher.

Bei Grundrechtskollisionen ist wiederum eine Interessenabwägung vorzunehmen. Es ist zu beurteilen, welchem Recht bzw. Anspruch im Einzelfall der Vorrang zu gewähren ist. Auch diesbezüglich besteht, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung. Es kann, Stand heute, nicht zuverlässig vorausgesagt werden, zu welchem Schluss ein Gericht in dieser Sache käme.

Wie bereits oben im Zusammenhang mit der Persönlichkeitsverletzung durch Private dargelegt, müssen in solche Abwägungen verschiedene Aspekte einbezogen werden. So ist etwa zu beachten, welche Alternativen der Transperson zur Verfügung stehen. Auch zu beurteilen ist, was der Zweck der Geschlechtertrennung ist. Geht es darum, dass man sich nur Personen gegenüber unbekleidet zeigen will, deren Körper die gleichen Geschlechtsmerkmale aufweist, oder geht es um die Schaffung von Räumen, in denen sich nur Menschen aufhalten dürfen, die häufiger Opfer von Belästigungen werden? Welches Vorgehen wird dem Zweck am ehesten gerecht?

Schliesslich sei auch darauf hingewiesen, dass diese Abwägung nicht zwingend in jedem Fall gleich ausfallen muss. Vielmehr dürfte häufig auch der Einzelfall entscheidend sein. Geht es etwa um den Zugang von Transpersonen zu geschlechtergetrennten Umkleidekabinen, dürfte die bauliche Ausgestaltung ein zu beachtendes Kriterium sein. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht zu anderen Schlüssen käme, je nachdem, ob Einzelkabinen und -duschen zur Verfügung stehen oder nicht.

Damit sind die «Waagschalen der Interessenabwägung» bei Konstellationen im Kontext des öffentlichen Rechts leicht anders zu füllen als bei privaten Anbietern. Zum einen entfällt auf Seiten der Betreiberin der Aspekt der Vertragsfreiheit, einer vertraglichen Abmachung kommt wohl geringeres Gewicht zu – man kann sich grundsätzlich nicht im Voraus verpflichten, auf die Geltendmachung von Grundrechten zu verzichten –, und zusätzlich ist das Diskriminierungsverbot zu beachten. Der eigene Spielraum, um eine allgemein gültige Antwort auf die Frage zu definieren, ist damit kleiner, die Beantwortung wird damit aber leider nicht leichter.

Fazit

Der langen Rede kurzer Sinn: Das Recht hält keine klare Antwort bereit, was gilt, wenn Transmensch um Zugang zu geschlechtsspezifischen Räumlichkeiten ersuchen. Letztlich läuft es stets auf eine Abwägung möglicherweise gegenläufiger Interessen hinaus, wobei die Aspekte, die dabei zu beachten sind, etwas divergieren können, je nachdem, ob es sich um private oder öffentliche Anbieter handelt. Aus rechtlicher Sicht empfiehlt es sich jedenfalls, sich als Anbieterin damit auseinanderzusetzen, was man unter «Frau» und «Mann» verstehen will, und diesen Entschluss Besucherinnen und Besuchern gegenüber offen zu kommunizieren; auch wenn man damit womöglich nicht sämtliche rechtlichen Unwägbarkeiten aus dem Weg zu räumen vermag.

Dass das Recht auf eine so delikate Frage keine klare, auf alle Fälle anwendbare Antwort liefert, mag für die Betroffenen – seien es die Anbieter von geschlechtsspezifischen Räumlichkeiten bzw. Dienstleistungen oder die Transpersonen – unbefriedigend sein, ist aber letztlich zum jetzigen Zeitpunkt verständlich. Es sei daran erinnert, dass Rechtstexte in politischen Prozessen entstehen. Das Recht bildet im Idealfall den gesellschaftlichen Konsens ab und hinkt daher systemimmanent immer etwas hinterher. Darunter leiden die, die sich im Fokus gesellschaftspolitischer Diskurse wiederfinden, selbst aber vor allem Rechtssicherheit möchten. Diese Situation mag zuweilen unangenehm sein, ist aber kaum vermeidbar. ■

Werden Sie Mitglied
im VHF oder
in der GSK,
und profitieren Sie
von unseren
Dienstleistungen.

Als Mitglied können Sie auf
gs@vhf-gsk.ch Fragen zu
einem rechtlichen Thema
stellen. Bei allgemeinem
Interesse wird es in einem der
nächsten Bulletins publiziert.

