

Institut für Sexualpädagogik und Sexualtherapie ISP Zürich

Hochschule Merseburg

Master of Arts in Sexologie IV 2021

Der (schwierige) Umgang des Rechts mit Sexualität

Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Familienrechts

Eine rechtsgeschichtliche und -philosophische Untersuchung

Sandro Körber

MLaw

Matrikel-Nummer: 28079

Prof. Dr. Heinz-Jürgen Voss

Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid

Sandro Körber

Der (schwierige) Umgang des Rechts mit Sexualität

Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Familienrechts

Eine rechtsgeschichtliche und -philosophische Untersuchung

Für
J.R.S.

«Auf eine ausdrückliche Erwähnung der Treuepflicht wird verzichtet. Vorbehalten bleibt der sexuelle Bereich, der ohnehin nicht normierbar ist.»

Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Vorwort

Die vorliegende Arbeit bildet den «krönenden Abschluss» des Studiums gemäss Studienorganisation für den Master of Arts in Sexologie 2021–2024 am Institut für Sexualpädagogik und Sexualtherapie ISP, Zürich, in Kooperation mit der Hochschule Merseburg, Deutschland. Mit dieser schriftlichen Abhandlung soll der Nachweis erbracht werden, dass ein (sexualwissenschaftliches) Thema ausführlich, gewissenhaft und kritisch bearbeitet werden kann, wobei wissenschaftliches Arbeiten dabei eine zentrale Rolle einnimmt. Dadurch soll auch ein innovativer Beitrag zur Weiterentwicklung der Sexualwissenschaft und Sexualberatung geleistet werden.

Auf den Grundlagen der interdisziplinären Sexualwissenschaft verfolgt der weiterführende Lehrgang das Ziel, anwendungsorientiert darauf aufzubauen und die theoretischen Hintergründe mit der Praxis zu verbinden. Qualifizierte Fachleute aus dem sozialen, (psycho-)therapeutischen, medizinischen und pädagogischen Bereich erhalten dadurch die Befähigung, Menschen in ihrer sexuellen Gesundheit und Bildung zu begleiten und zu beraten, damit sie ihre Sexualität weiter entfalten können.

Wird die Sexualwissenschaft verstanden als eine nicht in sich geschlossene Wissenschaftsdisziplin, sondern dass auch «Fraktionen» verschiedener Disziplinen mit einzubeziehen sind, um sich auf dieser Grundlage mit den diversen Aspekten der Sexualität und dem diesbezüglichen Umgang des Menschen zu befassen, treten auch verschiedene wissenschaftliche Perspektiven, Herangehensweisen und Würdigungen zutage. Allen an der sexualwissenschaftlichen Lehre beteiligten Disziplinen ist indessen gemein, ihren Teil an den gesamten «Wissenschaften des Sexuellen» beizutragen und so eine multidisziplinäre Sicht zu ermöglichen.

Dies gilt auch für die vorliegende Untersuchung, die auf einem wissenschaftlichen Fachgebiet basiert, das sich – wie sich zeigen wird – entweder nur am Rand und implizit oder aber sehr explizit mit der Sexualität der Menschen befasst. Es ist naheliegend, dass die Rechtswissenschaft, die sich mit einem abstrakten Begriff beschäftigt und durch starre Definition, Logik, Konstruktion und Systematik ihre Lehre und Praxis aufbaut, auf einem divergierenden akademischen Konzept und mithin einer anderen Vorgehens- und Betrachtungsweise beruht. Die juristische Terminologie, Fachsprache, und Zitation stehen immer im Spannungsverhältnis zwischen Präzision, Wissenschaftlichkeit und Adressatengerechtigkeit.

Diese abweichenden Grunddeutungen sind genauso zu berücksichtigen und zu würdigen, um das integrative Fachgebiet der Sexualwissenschaften diskussions- und überlegenswert zu beurteilen.

Der Einfachheit und Lesefreundlichkeit halber werden im gesamten Text beide Geschlechter genannt, wobei stets alle Menschen mitgedacht sind.

Schönholzerswilen/Zürich, im Juni 2024

Sandro Körber, MLaw

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------|
| Vorwort..... | IV |
| Inhaltsverzeichnis..... | VI |
| Abkürzungsverzeichnis | VIII |
| Materialienverzeichnis | X |
| Literaturverzeichnis..... | XII |
| Zur Einführung. Der Gegenstand, die Methode und die Zielsetzung | 1 |
| 1. Von der Sexualität zum Recht und umgekehrt | 1 |
| 2. Zur Fragestellung und der Methode | 2 |
| Teil I: Zur Sexualität des Menschen und dem Versuch, sie wissenschaftlich zu begreifen .. | 5 |
| 1. Die Sexualitäten des Menschen..... | 6 |
| 1.1. Die Entstehung eines Begriffs und einer Epoche | 6 |
| 1.2. Eine Begriffsbestimmung..... | 8 |
| 1.3. Zu den Aspekten, Funktionen und Aufgaben der Sexualitäten | 12 |
| 2. Die Wissenschaften über das Sexuelle | 23 |
| 2.1. Von den Anfängen und der Etablierung eines Forschungsgebietes..... | 24 |
| 2.2. Sexualwissenschaften heute | 27 |
| 3. Zusammenfassung und Würdigung..... | 30 |
| Teil II: Zum Recht und dessen Versuch, die Verhältnisse der Menschen zu ordnen..... | 32 |
| 1. Das Recht und die Ordnung | 32 |
| 2. Das Schweizerische Familienrecht. Die gesetzgeberischen Grundgedanken im Spiegel der Zeit | 40 |
| 2.1. Die Entstehungsgeschichte und seine Fortentwicklungen | 40 |
| 2.2. Das Eherecht | 53 |
| 2.3. Die Verwandtschaft | 61 |
| 2.4. Die Vormundschaft..... | 64 |
| 3. Zusammenfassung und Würdigung..... | 67 |
| Teil III: Zum Dialog zwischen der Sexualwissenschaft und der Jurisprudenz | 71 |
| 1. Sexualität ist politisch. Politisch ist das Recht..... | 72 |

| | |
|--|----|
| 2. Über den Tellerrand denken und sprechen. Habe Mut!..... | 75 |
| Zum Schluss. Das Wagnis einer «sexualrechtlichen» Einschätzung | 77 |
| Nachworte | 1 |
| Anhang I: Selbständigkeitserklärung | 1 |
| Anhang II: Zeittafel über die Entstehung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und die grossen Revisionen im Familienrecht | 1 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|---|
| aArt. | alter Artikel |
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| AB | Amtliches Bulletin (der Bundesversammlung) |
| ACP | Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| a.E. | am Ende |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift) |
| Art. | Artikel |
| Abs. | Absatz |
| Aufl. | Auflage |
| AS | Amtliche Sammlung des Bundesrecht |
| BBl | Bundesblatt |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht |
| BK | Berner Kommentar |
| BR | Bundesrat/Bundesrätin |
| BSK | Basler Kommentar |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| aBV | alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS I 1) |
| bzw. | beziehungsweise |
| Ders. | Derselbe |
| Dies. | Dieselbe/n |
| Diss. | Dissertation |
| E/E. | Entwurf/Erwägung(en) |
| ebd. | Ebenda |
| et al. | lat. <i>et alia</i> : und andere |

| | |
|--------|--|
| f./ff. | folgende/fortfolgende (Seite/Seiten) |
| FMedG | Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 810.11) |
| Fn. | Fussnote |
| gl.M. | gleicher Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber oder Herausgeberin |
| lat. | lateinisch |
| LeGes | Gesetzgebung & Evaluation (Zeitschrift) |
| lit. | litera (lat.: Buchstabe) |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| N | Nationalrat/Note (in Fussnoten) |
| OFK | Orell Füssli Kommentar |
| PartG | Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz; SR 211.231) |
| S/S. | Ständerat/Seite(n) |
| sic | lat. <i>sic erat scriptum</i> : so wurde es geschrieben |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift) |
| SGK | St.Galler Kommentar |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrecht |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) |
| vgl. | vergleich |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZEG | Bundesgesetz vom 24. Christmonat 1874 betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe [sic] |
| Ziff. | Ziffer(n) |
| zit. | zitiert |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| ZK | Zürcher Kommentar |

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 4. Juli 1873, BBl 1873 II 963 (zit. Botschaft aBV) [sic]

Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Erlassung eines Gesetzes über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 2. Oktober 1874, BBl 1874 III 1 (zit. Botschaft Zivilstand) [sic]

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtenheit vom 28. November 1896, BBl 1896 IV 733 (zit. Botschaft Rechtenheit)

Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Civilgesetzbuches, von Eugen Huber, Frühjahr 1893 (zit. Huber Memorial)

Erläuterungen zu dem Teilentwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches über die Wirkung der Ehe, von Eugen Huber, Dezember 1893 (zit. Huber Erläuterungen 1893)

Protokoll der Verhandlungen der grossen Expertenkommission, Sitzung vom 14. Oktober 1901 (zit. Protokoll Expertenkommission)

Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, von Eugen Huber, 2. Aufl. 1914 (zit. Huber Erläuterungen 1914)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1 (zit. Botschaft ZGB)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 1 (zit. Botschaft StGB)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971, BBl 1971 I 1200 (zit. Botschaft Revision Adoptionsrecht I)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1 (zit. Botschaft Kindesverhältnis)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191 (zit. Botschaft Ehwirkungen)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 (zit. Botschaft Revision Sexualstrafrecht)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützung, Heimstätte, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1 (zit. Botschaft Scheidung)

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205 (zit. Botschaft FMedG)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV)

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 (zit. Botschaft PartG)

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077 (Botschaft Elterliche Sorge)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 (zit. Botschaft Erwachsenenschutz)

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529 (zit. Botschaft Kindesunterhalt)

Parlamentarische Initiative «Ehe für alle», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBl 2019 8595 (zit. Bericht «Ehe für alle»)

Parlamentarische Initiative «Ehe für alle», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Januar 2020, BBl 2020 1273 (zit. Stellungnahme «Ehe für alle»)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts vom 17. Februar 2022, BBl 2022 687 (zit. Bericht Revision Sexualstrafrecht)

Literaturverzeichnis

AIGNER JOSEF CHRISTIAN, Psychosexualität und Gesellschaft, in: AUER KARL HEINZ/FRANTSITS ANNELEISE (HRSG.), Sexualität, zwischen Verdrängung und Befreiung, Wien 1989, S. 115–140.

AUER KARL H., Sexualität im Wandel, in: AUER/FRANTSITS, a.a.O., S. 5–24.

BADER KARL SIEGFRIED, Sexualität und Rechtordnung, in: Beiträge zur Sexualforschung, Über das Wesen der Sexualität, 1952, S. 13–19.

BEIER KLAUS M./BOSINSKI HARTMUT A.G./LOEWIT KURT, Sexualmedizin, Grundlagen und Klinik sexueller Gesundheit, 3. Aufl., München 2021.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, OFK, 2. Aufl., Zürich 2017.

BORNEMANN ERNEST, Ullstein Enzyklopädie der Sexualität, Frankfurt/Main, Berlin 1990.

BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159–180 ZGB, ZK, 3. Aufl., Zürich 1998. Korrekte Bezeichnung

BRAUN KARL, Die Krankheit Onania, Körperangst und die Anfänge moderner Sexualität im 18. Jahrhundert, Frankfurt/Main 1995.

BREITSCHMID PETER, «Privatrecht» – private Freiheit und staatliche Ordnung im ZGB, in: SJZ 2004, S. 505–513.

Brockhaus Enzyklopädie, 13., 20., 22. Band, 19. Aufl., Mannheim 1990/1993.

BÜHLER WALTER/SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte, Die Ehescheidung, Artikel 137–158 ZGB, BK, 3. Aufl., Bern 1980.

BÜTTNER MELANIE, Sexualität und Trauma, Grundlagen und Therapie traumaassoziierter sexueller Störungen, Stuttgart 2018.

BUSCH ULRIKE, Familienplanung im Wandel, in: VOSS HEINZ-JÜRGEN (HRSG.), Die deutschsprachige Sexualwissenschaft, Bestandesaufnahme und Ausblick, Giessen 2020, S. 123–151.

CLEMENT ULRICH, Sexualität im sozialen Wandel, Eine empirische Studie an Studenten 1966 und 1981, in: Beiträge zur Sexualforschung, 1986.

DANNECKER MARTIN, Die Ordnung des Sexuellen, in: Beiträge zur Sexualforschung, Sexualpolitische Kontroversen, 1987, S. 1–10 (zit. Ordnung).

DERS., Zum Verhältnis von Sexualwissenschaft und Strafrecht, in: Beiträge zur Sexualforschung, Sexualtheorie und Sexualpolitik, 1984, S. 77–83 (zit. Verhältnis).

DANNECKER MARTIN/SCHORSCH EBERHARD, Sexualwissenschaft und Strafrecht, in: Beiträge zur Sexualforschung, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, S. 134–144.

DEKKER ARNE, Was heisst: Sexualität ist «bio-psycho-sozial»? Über die erkenntnistheoretischen Grundlagen interdisziplinärer Sexualforschung, in: Zeitschrift für Sexualforschung, 2013, S. 34–43.

DUNDE SIEGFRIED RUDOLF (HRSG.), Handbuch Sexualität, Weinheim 1992.

DUNCKER ARNE, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700–1914, Köln 2003.

ECKERT JÖRN, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, in: ACP 199, S 337–359.

EDER FRANZ X., Kultur der Begierde, Eine Geschichte der Sexualität, 2. Aufl., München 2009.

EGGER AUGUST, Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht Art. 90–251, ZK, 2. Aufl., Zürich 1936.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.

GMÜR MAX, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 1. Abteilung (Das Eherecht), Art. 90–251, BK, 2. Aufl., Bern 1923.

GÖTZ ERNST, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung, Artikel 90–136, BK, 3. Aufl., Bern 1964.

GRAUPNER HELMUT, Der juristisch Blick: Sexualität und Recht – zwischen Schutz und Bevormundung, in: ULRIKE BUSCH (HRSG.), Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte, Nationale und internationale Perspektiven, Baden-Baden 2010, S. 169–182.

GRIMM JACOB/GRIMM WILHELM, Deutsches Wörterbuch, Elfter Band, I. Abteilung, 2. Teil, Leipzig 1952.

HANGARTNER PETER, Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art. 188 bis 193 StGB, Diss., St.Gallen 1997.

HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Band, 1. Abteilung, 2. Teilband, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159–180 ZGB, BK, 2. Aufl., Bern 1999.

HEIDERHOFF BETTINA, Eheliche (Rechts-)Pflichten: Ein verborgener Diskurs, in: LEMBKE ULRIKE (HRSG.), Regulierungen des Intimen, Sexualität und Recht im modernen Staat, Wiesbaden 2017, S. 117–137.

HOLZLEITHNER ELISABETH, Sexuelle Selbstbestimmung als Individualrecht und als Rechtsgut, Überlegungen zu Regulierungen des Intimen als Einschränkung sexueller Autonomie, in: LEMBKE, a.a.O., S. 31–50.

HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft, Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015.

HOTZ SANDRA, Selbstbestimmung im Vertragsrecht Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, Rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Bern 2017.

ILLOUZ EVA, Warum Liebe endet, Eine Soziologie negativer Beziehungen, Berlin 2018 (zit. Liebe).

DIES., Die neue Liebesordnung, Frauen, Männer und *Shades of Grey*, Berlin 2013 (zit. Liebesordnung).

KENTLER HELMUT, Auf der Suche nach der Bedeutung eines Begriffs, in: DERS. (HRSG.), Sexualwesen Mensch, Texte zur Erforschung der Sexualität, Hamburg 1984, S. 7–55.

DERS., Taschenlexikon Sexualität, Düsseldorf 1982 (zit. Taschenlexikon).

KLEINBECK JOHANNES, Geschichte der Zärtlichkeit, Die Erfindung des einvernehmlichen Sex und ihr zwiespältiges Erbe bei Rousseau, Kant, Hegel und Freud, Berlin 2023.

KÖRBER SANDRO, Gedanken zum Recht auf Kenntnis der leiblichen Geschwister im Adoptionsrecht, in: FamPra.ch 2023, S. 308–408 (zit. Gedanken).

DERS., Experimentelle Rechtsetzung, in: LeGes 2015, S. 385–402 (zit. Rechtsetzung).

KÖRBER SANDRO/STEINEGGER HEIDI, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, in: FamPra.ch 2020, S. 59–85.

LEMBKE ULRIKE, Sexualität und Recht: eine Einführung, in: DIES., a.a.O., S. 3–27.

LAUTMANN RÜDIGER, Die Sexualität des Menschen – ein Pleonasmus?, in: DANNECKER MARTIN/REICHE REIMUT (HRSG.), Sexualität und Gesellschaft, Festschrift für Volkmar Sigusch, Frankfurt/Main 2000, S. 293–313.

LEMP PAUL, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Ehe-recht, 2. Halbband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Das Güterrecht der Ehegatten, Artikel 159–251 [recte: 214], BK, 3. Aufl., Bern 1963.

LOEWIT KURT, Der Sinn der Sinnlichkeit, in: AUER/FRANTSITS, a.a.O., S. 25–41.

MAIER PHILIPP, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen, Diss., Zürich 1994 (zit. Nötigungsdelikte).

MAIER PHILIPP, Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht, in: AJP 1999, S. 1387–1401 (zit. Umschreibung).

MAIER PHILIPP/SCHWANDER IVO, in: GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (HRSG.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, BSK, 7. Aufl., Basel 2022.

MARKARD NORA, Eheschliessungsfreiheit im Kampf der Kulturen, in: LEMBKE, a.a.O., S. 139–158.

MARELLI VITTORI, Kinderzeugung als Ehepflicht?, Diss., Bern 1987.

MYERS DAVID G./DEWALL C. NATHAN, Psychologie, 4. Aufl., Berlin 2023.

MINELLI LUDWIG A., Obszönes vor Bundesgericht, Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes zu Art. 204 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich/Freiburg/Wien 1981.

MIRELLI VITTORIO, Kinderzeugungspflicht als Ehepflicht?, Auslegung und Inhaltsbestimmung des Begriffs «eheliche Gemeinschaft» (Art. 159 Abs. 1 ZGB), untersucht anhand der Frage nach einer Kinderzeugungspflicht in der Ehe, Diss., Bern 1987.

PFEIFER WOLFGANG, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl., Berlin 1993.

PLETT KONSTANZE, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: DUTTGE GUNNAR/ENGEL WOLFGANG/ZOLL BARBARA (HRSG.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm, Göttingen 2010, S. 53–67.

QUINDEAU ILKA, Sexualität, Geissen 2019.

RAUCHFLEISCH UDO, Entwicklungen und Perspektiven der Sexualwissenschaft in der Schweiz, in: VOSS, a.a.O., S. 211–227.

REUSSER RUTH, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Art. 1–72, SGK, 4. Aufl., Zürich/St.Gallen 2023.

- ROTHER WERNER, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, in: ACP 1972, S. 498–519.
- RUCKSTUHL BRIGITTE/RYTER ELISABETH, Zwischen Verbot, Befreiung und Optimierung. Sexualität und Reproduktion in der Schweiz seit 1750, Luzern 2018.
- SCHLUMPF MICHAEL/FRAEFEL CHRISTIAN, in: ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Zürich 2023.
- SCHMID URSULA, in: KOSTKIEWICZ KREN JOLANTA ET AL. (HRSG.), ZGB Kommentar, OFK, 4. Aufl., Zürich 2021.
- SCHMIDT GUNTER, Das Verschwinden der Sexualmoral, Über sexuelle Verhältnisse, Hamburg 1996 (zit. Verschwinden).
- DERS., DAS GROSSE DER DIE DAS, Über das Sexuelle, Hamburg 1988 (zit. Grosse).
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu Artikel 360–397, BK, 3. Aufl., Bern 1982.
- SCHREIBER GERHARD, Im Dunkeln der Sexualität, Sexualität und Gewalt aus sexualethischer Perspektive, Berlin/Boston 2022.
- SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, Der Personenstand Erfassung und Beurkundung des Zivilstandes, in: TERCIER PIERRE (HRSG.), Einleitung und Personenrecht, 2. Band, 3. Halbband, in: GROSSEN JACQUES MICHEL ET AL. (HRSG.), Schweizerisches Privatrecht, Basel 1996.
- SIGUSCH VOLKMAR, Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit, Über Sexualforschung und Politik, Frankfurt/Main 2011 (zit. Suche).
- DERS., Neosexualitäten, Über den kulturellen Wandel von Liebe und Perversion, Frankfurt/Main 2005 (zit. Neosexualitäten).
- DERS., Kritik der disziplinierten Sexualität, Aufsätze 1986–1989, Frankfurt/Main 1989 (zit. Kritik).
- STANGNETH BETTINA, Sexkultur, Hamburg 2020.
- STUMPE HARALD, Die vergessene DDR-Sexualwissenschaft, Eine persönliche Reminiszenz und Impulse für die Zukunft, in: VOSS, a.a.O., S. 299–318.
- TUIDER ELISABETH, Das Ringen um Gewissheiten, Zu Normalität und Normativität des Sexuellen, in: VOSS, a.a.O., S. 175–190.

UEBERSAX PETER, in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, Bundesverfassung, BSK, Basel 2015.

VON KRAFFT-EBING RICHARD, Psychopathia Sexualis, Eine klinisch-forensische Studie, Stuttgart 1886.

VOSS HEINZ-JÜRGEN, Die deutschsprachige Sexualwissenschaft, Eine Einleitung, in: DERS., a.a.O., S. 13–17.

WELLER KONRAD, Von Sexualwissenschaft und Sexualpädagogik, in: VOSS, a.a.O., S. 449–472.

WIENFORT MONIKA, Verliebt, Verlobt, Verheiratet, Eine Geschichte der Ehe seit der Romantik, München 2014.

ZINSMEISTER JULIA, Hat der Staat den Bürger*innen Sexualität zu ermöglichen?, in: LEMBKE, a.a.O., S. 71–93.

ZIEGLER ANDREAS R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, in: AJP 2013, S. 649–658.

Zur Einführung. Der Gegenstand, die Methode und die Zielsetzung

Was geht das Recht – oder vielmehr den (Rechts-)Staat, der allgemein-verbindliches Recht setzt und durch dieses Recht seine staatliche Macht und sein Handeln legitimiert, begrenzt und verantwortet – ja, was geht die Sexualität des Menschen den Staat an? Nichts, könnte man ohne grosses Reflektieren sagen; wer – um es knapp und überspitzt formuliert auszudrücken – an Sex denkt, denkt nicht zwangsläufig gleich an das Recht, an Gesetze, Verträge oder das Gericht. Und wer an das Recht – oder gar die *iustitia*: die Gerechtigkeit – denkt, denkt genauso wenig an Sexuelles, Lust, Erregung, Sinnlichkeit oder Intimität. Bei näherer historischer Betrachtung fällt die Antwort auf die Eingangsfrage indes ziemlich anders und differenzierter aus. Denn das Recht durchdringt zahlreiche Lebensbereiche der Menschen und der Gesellschaft, ohne dass wir uns dessen immer bewusst sind.

1. Von der Sexualität zum Recht und umgekehrt

Die vorliegende Arbeit behandelt und betrifft aufgrund ihres Themas – Umgang des Rechts mit Sexualität – primär zwei Disziplinen: die Rechtswissenschaft und die Sexualwissenschaften. Dem entsprechenden Untertitel dieser Schrift gemäss ist sie allerdings primär eine *rechtsgeschichtliche und -philosophische Untersuchung*, welche aber die Grundlagen der Sexologie bewusst miteinbezieht, um ihren (juristischen) Beitrag an den multidisziplinären Sexualwissenschaften zu leisten. Es ist schon deshalb unzweckmässig und nicht zielführend, die Abhandlung auf eine rein rechtliche Betrachtung zu beschränken, denn «die Einbeziehung ausserjuristischer Gebiete soll nicht nur allgemein die rechtswissenschaftliche Betriebsblindheit vermeiden»,¹ sondern auch vor dem sexologisch-theoretischen Hintergrund das Recht und seine Entwicklung in Bezug auf das Sexuelle für den Juristen oder die Juristin als auch für den Sexologen oder die Sexologin verständlicher machen.² Mithin handelt es sich also um einen Erkenntnisgewinn für beide Seiten. Insofern ist diese Arbeit interdisziplinär zu denken und zu lesen. Es entsteht eine Wechselwirkung von der Sexualität zum Recht und umgekehrt. Beides kann nicht ohne das andere gelesen und verstanden werden. Und gerade der Jurist oder die Juristin wird darüber nachzudenken haben, dass Sexualität aus dieser Warte schlicht nicht zu definieren ist, zumal Sexualität im heutigen Umfeld extrem schwierig in einen familienrechtlichen, normativen Rahmen gebracht werden kann (was allerdings positiv zu werten ist).

Eine substantielle Eingrenzung des zu untersuchenden Gegenstandes bilden der räumliche Aspekt, der zeitliche Horizont und vor allem das Rechtsgebiet. Die besondere

¹ DUNKER, S. 15.

² «[Ü]ber den Tellerrand» denkend, WELLER, S. 452.

Berücksichtigung des (schwierigen) Umgang des Rechts mit Sexualität gilt dem *schweizerischen Familienrecht* seit dem Erlass 1907, wenn auch die Vorarbeiten punktuell zu berücksichtigen sind. Das schweizerische Strafrecht ist zwar nicht Gegenstand; wir kommen aber nicht darum herum, dieses Rechtsgebiet in seinem Sinn und Zweck und den Regelungsgegenstand zu würdigen und eine gewisse Verbindung zur Entwicklung des Familienrechts herzustellen. Hauptfokus ist und bleibt schweizerisches Recht. In rechtlicher Hinsicht einzeln und in sexologischer Hinsicht mehrheitlich wird der Blick ausgeweitet über die Landesgrenzen hinaus, dies im Hinblick auf den Bezug und die Auswertung der Literatur. Der Forschungsstand und die Materialien zur Geschichte des schweizerischen Familienrechts sind – soweit ersichtlich – zufriedenstellend erschlossen. Sexualwissenschaftliche Forschungsarbeiten sind hingegen in der Schweiz unzureichend bis kaum vorhanden; die Thematik des Zusammenhangs zwischen Recht und Sexualität wird nur punktuell oder nur implizit erforscht. Die einzige Literatur, die sich dem Thema umfassend in einem ganzen Band widmet, betrifft das deutsche Recht im Allgemeinen.³

2. Zur Fragestellung und der Methode

Entgegen dem Fünften Titel des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0), der das Sexualstrafrecht mit den Art. 187–200 zum Gegenstand hat und Handlungen gegen die sexuelle Integrität⁴ bestraft, finden sich im gesamten Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210) keine Bestimmungen, welche das Sexuelle der Rechtsadressaten explizit zum Gegenstand haben oder in irgendeiner Art und Weise normieren.⁵ Implizit enthält Art. 28 ZGB im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes unter anderem die sexuelle Integrität als das zu schützende Objekt. Zudem – und hier später von besonderem Interesse – hält im Eherecht Art. 159 Abs. 3 ZGB die eheliche Treuepflicht fest, welche der Norm innewohnend insbesondere die «Geschlechtsgemeinschaft»⁶ – einfacher gesagt: die Sexualität der Ehegatten – und das Verhalten der Ehegatten gegenüber Dritten umfasst.

Wie vorhin erwähnt, geht die hier vorliegende Arbeit in einer rechtshistorischen und -philosophischen Untersuchung hauptsächlich der Frage nach, *wie* sich im Verlaufe der Zeit, also seit den Bemühungen um die Kodifikation des schweizerischen Privatrechts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und spätestens dem Erlass des ZGB über die grossen Revisionen im Familienrecht⁷ bis heute *das Recht im Zusammenhang mit der Sexualität (mit)entwickelt*

³ Siehe den Band LEMBKE, a.a.O.

⁴ Zudem im Sechsten Titel die Verbrechen und Vergehen gegen die Familie (Art. 213–220 StGB).

⁵ Siehe auch PLETT, S. 54, ZIEGLER, S. 650.

⁶ GMÜR, N 3 zu Vorbemerkungen zum Eherecht; BÜHLER/SPÜHLER, N 181 zu [a]Art. 142 ZGB.

⁷ Siehe hinten die entsprechenden Ausführungen, Teil II, Ziff. 2.1.

hat – oder auch nicht – und weshalb, mit welchen Argumenten und aus welchen offenen oder verborgenen Gründen. Die zentrale Fragestellung betrifft somit den Umgang des (Familien-)Rechts mit der Sexualität der Menschen und wie dieser im Spiegel der Zeiten zu bewerten ist. Infolgedessen ist ergänzend zu fragen, welche Konsequenzen und welche Wirkungen dieser Umgang für die Menschen hatte und oder heute noch hat.

Aus dem Untersuchungsgegenstand und der Frage in der Hauptsache ergibt sich der Aufbau dieser Schrift. *Teil I* hat die sexualwissenschaftlichen Grundlagen zum Gegenstand. Er geht zuerst der Frage nach, woher «Sexualität» kommt, was sie überhaupt ist, was sie im Wesen und Kern ausmacht, welche Funktion sie erfüllt (oder auch nicht mehr) und ferner, ob und wie sie konkret zu bestimmen ist. Darauffolgend wird auf die Sexualwissenschaft näher einzugehen sein; ihre Entstehung und Geschichte sowie ihre im Wandel der Zeit entwickelten Sexualtheorien. Im *Teil II* geht es um das Recht und die Rechtswissenschaft sowie die folgenden einleitenden Fragen: Was ist Recht? Welche Zielsetzung, welchen Zweck und welche Aufgaben hat das Recht? Anschliessend daran soll das Schweizerische Familienrecht vorgestellt werden (wobei der Hauptfokus im Eherecht liegt): Geschichte, Aufgaben und Revisionen des Familienrechts sowie vor dem Hintergrund der sexologischen Grundlagen und der rechtshistorischen Untersuchung erste Folgerungen für ein zeitgenössisches Familienrecht. *Teil III* widmet sich dem Versuch, einen Dialog zwischen den Sexualwissenschaften und der Rechtswissenschaft zu ermöglichen. Welche Erkenntnisse können für das Familienrecht von den Sexualwissenschaften gezogen werden? Welche Erkenntnisse kann die Sexologie aus dem Familienrecht entnehmen? Gibt es Gemeinsamkeiten, gibt es Unterschiede? Vermögen die beiden Disziplinen voneinander etwas «lernen»? Und überhaupt: Lässt sich Sexuelles im Familienrecht heute noch normieren? *Zum Schluss* soll eine «sexualrechtliche» Wertung vorgenommen werden, um zu versuchen, die Fragestellungen zu beantworten, wie (schwierig) der Umgang des Rechts mit Sexualität in Ehe- und Familiensachen denn tatsächlich ist.

Schliesslich sei auf folgendes hingewiesen: Es ist nicht Aufgabe dieser vorliegenden Schrift, zu dem vorgegebenen Thema neue grundlegende Erkenntnisse beizusteuern, gar am Rechtsinstitut der Ehe zu rütteln oder zu postulieren, die eheliche Treuepflicht abzuschaffen. Diese Arbeit soll vielmehr ein Impuls sein, eine Anregung zur Reflexion und durchaus auch eine erweiterte Betrachtung und Bewertung für die Rechtswissenschaft aus dem Blickwinkel der Sexologie. Von dieser Arbeit ausgeschlossen ist genauso die Diskussion über die Fragen der Digitalisierung, Globalisierung, Pluralisierung der heutigen Gesellschaft, zumal es sich hier um eine historische Abhandlung handelt. Und doch werden punktuell und in einer nicht abschliessenden Würdigung diese Bereiche und die damit verbundenen grösseren sozialen und ökonomischen Verwerfungen mit ihrem substantiellen Einfluss auf das Leben der Menschen

und ihre Sexualitäten mitberücksichtigt. Diese widerspiegeln zweifelsfrei die Lebensstatsachen und -realitäten, auf welche die Politik und das Recht versuchen, valable Antworten zu finden.

Zusammengefasst ist das Ziel der Arbeit ein anderes oder vielleicht neues Verständnis von Sexualität – nein: den Sexualitäten – im Schweizerischen Familienrecht. Der eigentliche Zweck ist zu zeigen, dass die Sexualitäten des Menschen eine höchstpersönliche individuelle Angelegenheit sind. In Erkenntnis dieser Tatsachen müssen die rechtlichen Schranken äusserst zurückhaltend definiert und eingesetzt werden.

Teil I: Zur Sexualität des Menschen und dem Versuch, sie wissenschaftlich zu begreifen

«Sexualität als Ausdruck von Liebe, Sexualität als Intimität, Sexualität als Basis einer Beziehung, Sexualität als besonders wichtiger Bereich für das Lebensglück – diese Grundzüge der modernen Sexualität sind ohne Kleinfamilie und die emotionalisierten Eltern-Kind-Beziehungen nicht denkbar.»⁸

Es ist nicht so, dass es *die Sexualität*, wie wir sie heute kennen und benennen, schon immer gab. Sie hatte einfach eine andere Bezeichnung.⁹ Bereits die antiken Griechen¹⁰ und die alten Römer¹¹ wussten um die heute vielzitierte angeblich «schönste Sache der Welt»: die Erotik, die Liebe und die Leidenschaft; denken wir beispielsweise an die Erzählungen APULEIUS' über *Amor und Psyche* oder *Pyramus und Thibse* in OVIDS Epos. Im 12. und 13. Jahrhundert kam aus dem südlichen Frankreich die Liebesdoktrin des Troubadours und des Minnesangs¹² auf, bevor die Lehre der katholischen Kirche ihren langen Schatten über das Leben der Menschen warf, wonach die sinnliche, körperliche Lust die Ehe entheiligt. Denn sie, die Ehe, sei eine «Ausweichmöglichkeit für diejenigen, denen es nicht gegeben ist, ledig und dabei keusch zu bleiben», das zölibatäre Leben – oder auf neudeutsch: das Leben als *Single* – sei «eine Gnade, ein Geschenk».¹³ Das oberste Ideal der Kirche war die absolute Jungfräulichkeit an Leib und Seele; der Mensch und sein Geschlecht haben sich der von Gott – und ausschliesslich von ihm – offenbarten natürlichen Ordnung unterzuordnen.¹⁴ Die Liebe gebühre allein Gott. Der Zweck der Ehe bestand aus kirchlicher Logik einzig in der Nachkommenschaft und der Verhütung der Unzucht.¹⁵ Die kirchliche Sexualmoral, mithin die Sexual-

⁸ SCHMIDT Grosse, S. 31.

⁹ Wollust, Beischlaf, Ehevollzug oder Geschlechtsgemeinschaft, natürliche und widernatürliche Unzucht – um nur weniger Wörter zu nennen.

¹⁰ Siehe beispielhaft PLATONS *Symposion*; oder statt vieler ausführlich BORNEMANN betreffend die Päderastie (Knabenliebe), S. 562 ff., die Homosexualität, wonach sie keine Männerliebe, sondern eine Knabenliebe war, S. 340, 342 ff. (siehe hierzu auch ARESIN ET AL., S. 91, DUNDE, S. 68 ff.), die Häteren, S. 324 ff., die Analerotik, S. 39 ff., die Oralerotik, S. 547 ff., oder den Gott Eros, S. 194.

¹¹ Statt vieler ausführlich BORNEMANN betreffend die bestenfalls als gleichwertig betrachtete Homosexualität, S. 352 ff., die Analerotik, S. 48 ff., die Oralerotik, S. 548 ff., oder den Gott Amor, S. 32.

¹² Hierzu ARESIN ET AL., S. 131, KENTLER Taschenlexikon, S. 171, 281, sowie BORNEMANN, S. 490, 491, 832 f.

¹³ BRAUN, S. 141; zudem BORNEMANN, S. 401 ff., und DUNDE betreffend die Keuschheit, S. 115 ff., und die Sexualmoral/Sexualethik, S. 261 ff.

¹⁴ BRAUN, S. 172 f.

¹⁵ Näher über die Ehe als der Ort und die Ordnung des Fleisches, BRAUN, S. 140 ff., insbesondere S. 141, WIENFORT, S. 11, wonach das Sakrament der Ehe dem Fortgang der Welt diene; althistorisch ausführlich BORNEMANN zur Ehe im alten Hellas, S. 116 ff. (wonach die Angst vor der Zersplitterung des Sippen- bzw.

und Lustfeindschaft, entsprang ganz wesentlich dem pessimistischen Menschenbild THOMAS VON AQUINS' als Ergebnis des Sündenfalls, wonach unter anderem der Geschlechtsverkehr Ursache für die Sterblichkeit der Menschen ist;¹⁶ genauso Einfluss hatten bereits vor ihm der Urchrist PAULUS VON TARSUS und der römische Bischof AUGUSTINUS VON HIPPO.¹⁷

1. Die Sexualitäten des Menschen

Wenden wir uns nun dem einen Hauptgegenstand der vorliegenden Arbeit zu: der Sexualität des Menschen – oder vielmehr den Sexualitäten. Dass die hier vorangegangene Kapitelüberschrift von *den* Sexualitäten im Plural spricht,¹⁸ wird sich im Verlaufe der nachfolgenden Ausführungen klären. Mit der hier vertretenen Auffassung soll aber bewusst mit der Mehrzahl verdeutlicht werden, dass der Mensch im Verlauf seines Daseins ein Mensch bis zum letzten Atemzug bleibt, auch wenn er immer wieder sexuell neu – oder anders oder sogar regressiv – denkt, fühlt, spürt und handelt. Dies ganz in Anlehnung an das *Schiff des THESEUS*.

Im Folgenden geht es – entsprechend der Fragestellung und Methode – zunächst um die Beantwortung der Fragen nach der Herkunft dieses *Terminus technicus*, dem Gehalt dieser menschlichen Erscheinung sowie ihrer Funktion oder ihren Funktionen, um abschliessend für den Juristen oder die Juristin eine mögliche begriffliche Eingrenzung dieses Gegenstandes zu bieten.

1.1. Die Entstehung eines Begriffs und einer Epoche

Am Anfang war das Wort der Botanik, und die Botanik war bei den Pflanzen, und das Wort war die Frage nach dem Entstehen einer Pflanze. Die diesbezügliche Entdeckung zu Beginn des 19. Jahrhunderts offenbarte: Es gibt männliche und weibliche Pflanzen, und durch die Bestäubung findet *Fortpflanzung* statt. Mit dem 1820 veröffentlichten Buch «Von der Sexualität der Pflanzen» des deutschen Botanikers und Medizinhistorikers AUGUST HENSCHEL, entstand ein neuer Begriff, der in der Folge aufgegriffen und auf den Menschen übertragen

Familienbesitzes nahezu alle Ehegesetze der alten Griechen bestimmte), in Sparta, S. 121 f. (wo alles im Staate dem Zweck der militärischen Macht untergeordnet war), und im alten Rom, S. 122 ff. (wonach die römische Ehe primär eine soziale Tatsache war, aber vor dem reichhaltigen Hintergrund von Gewohnheits- und Sittenrechten, S. 125).

¹⁶ Siehe näheres BORNEMANN, S. 802 f., ARESIN ET AL., S. 193, DUNDE, S. 150, BRAUN, S. 139 f.

¹⁷ Ausführlich DUNDE, S. 70 ff., 316 ff., BAUER, S. 140 ff., wonach die Begierde und die mit der Zeugung verbundene Lust ihren Platz in der Ehe zugewiesen bekommen habe, die Lust sei eine «unangenehme und deshalb geduldete Notwendigkeit», S. 141, siehe auch S. 172, AUER, S. 16 f., 21 f., KENTLER, S. 49 f.; ferner statt vieler ausführlicher in einem ganzen Aufsatz ROTTIER HANS, Sexualität und christliche Moral, in: AUER, a.a.O., S. 42–63.

¹⁸ Siehe auch EDER, S. 14, SCHMIDT Verschwinden, S. 12, TUIDER, S. 179.

wurde.¹⁹ Von wesentlicher Bedeutung dabei ist, dass das Buch HENSCHELS in einer Zeit erschien, als in der vorwiegend medizinischen und pädagogischen Wissenschaft und ausgehend von der Publikation «L'onanisme; ou dissertation physique, sur les maladies produites par la masturbation» des Schweizer Arztes SAMUEL AUGUSTE TISSOT 1760 ein Streit über die Onanie²⁰ entbrannte. Diese Schrift galt weit bis ins 19. Jahrhundert als Standardwerk mit dutzenden Auflagen; sie wurde in mehrere Sprachen übersetzt und über die Landesgrenzen hinaus rezipiert. Im Sinne der Aufklärung ging es TISSOT vor dem Hintergrund medizinisch-wissenschaftlicher Grundlagen um die gesunde Lebensführung des Menschen. Gesundheit und Krankheit galten in der damaligen Zeit als eine durch den Menschen beeinflussbare Variable. Die Onanie wurde in jener Zeit und vor dem Hintergrund der damaligen gesellschaftlichen Entwicklungen – die sich auflösende ständische Ordnung des *Ancien Régimes*, die Emanzipation des Bürgertums sowie die neuen gesellschaftlichen Dynamiken – als sittliches Problem verstanden, auch als Krankheit, weshalb eine körperliche Selbstdisziplin des Mannes und der Reinheit der Frau verlangt wurde. In dieser von Ärzten und Pädagogen – dazu gehörte auch der substantielle Einfluss JEAN-JAQUES ROUSSEAU – geführten Debatte entstand eine neue Sexualordnung, welche die Lebensführung, die Normierung und die Kultivierung des Sexuellen in der bürgerlichen Familie und Gesellschaft neu verhandelte.²¹ Dies, ohne einen Begriff dafür zu haben. Der durch die Arbeit HENSCHELS entstandene Fachausdruck für das (männliche und weibliche) Geschlechtliche wurde in der Folge von der Wissenschaft erwartungsvoll aufgenommen und mit diversen Begrifflichkeiten und Deutungsvarianten ausgestattet. Dieser fachliche Ausdruck entsprach zudem genau dem damaligen Zeitgeist: wissenschaftlich, wertneutral und zudem wirkte er nicht erregend.²²

Es war mithin ein Biologe, der dem «Ekstatischen, Leidenschaftlichen, Erotischen», dem Sexuellen des Menschen, einen Namen gab. Die *Sexualität* des Menschen als wissenschaftlicher wie auch umgangssprachlicher Begriff ist insofern eine erst junge Erscheinung in der Menschheitsgeschichte. Neben HENSCHEL (1820) kann genauso vor dem Hintergrund der abendländischen Kulturgeschichte 1789 als das Geburtsjahr der Sexualität «als gesellschaftliche Form und als Begriff» datiert werden. Der Begriff entstand, so der Pionier der deutschen Sexualwissenschaft VOLKMAR SIGUSCH, «an jener Schnittstelle (...), welche der

¹⁹ KENTLER, S. 41 ff. m.w.H., KENTLER Taschenlexikon, S. 254, DUNDE, S. 249.

²⁰ Zum Begriff und der Abgrenzung zur Masturbation und der heute oftmals als Synonym verstandenen Selbstbefriedigung BORNEMANN, S. 479 f., 542 ff., 728 f., zudem ARESIN ET AL., S. 128, die alles unter Masturbation subsumieren, während KENTLER Taschenlexikon, S. 190, 165, 247, und DUNDE, S. 221 ff., jeweils auf die Selbstbefriedigung verweisen, Letzterer die einzelnen Begriffe im eigenen Kapitel erläutert; ferner BRAUN, S. 159 ff. m.w.H., und im Rahmen der christlichen Glaubensordnung der «kleinen Sodomie», DERS., S. 147 ff.

²¹ Zum Ganzen ausführlich RUCKSTUHL/RYTEL, S. 31 ff.

²² KENTLER, S. 43.

Zerfall der religiösen Weltansicht und das Aufkommen des Kapitalismus im Abendland bilden».²³ Was die Sexualität im Verlaufe der Zeit ausmachte und wie sie sich formte, zeigt sich im übernächsten Kapitel.

Schliesslich kam 1886 die Durchschlagskraft einer «klinisch-forensischen Studie» mit weitreichender Wirkung, die sich «an die Adresse von Männern ernster Forschung auf dem Gebiet der Naturwissenschaft und der Jurisprudenz»²⁴ wandte: die *Psychopathia Sexualis* des deutschen Psychiaters und Rechtsmediziners RICHARD VON KRAFFT-EBING. Er wusste, welchen «gewaltigen Einfluss» das Sexualleben auf Fühlen, Denken und Handeln auf das individuelle und gesellschaftliche Dasein hatte.²⁵ Zweck seiner Publikation war unmissverständlich: «die Kenntnisnahme der pathologischen Erscheinungen des Sexuallebens und der Versuch ihrer Zurückführung auf gesetzmässige Bedingungen».^{26, 27} Die medizinisch-psychiatrische Betrachtungsweise hatte in der Folge entsprechenden Einfluss auf das noch junge menschliche und neu bezeichnete Phänomen. Spätestens mit den «Drei Abhandlungen einer Sexualtheorie» SIGMUND FREUDS (1905) setzte sich «die Sexualität» allgemein durch und erlangte durch die Psychoanalyse kulturelle Bedeutung. Das Zeitalter der Sexualität hat spätestens damit begonnen.

1.2. Eine Begriffsbestimmung

Wovon wird also seit über zwei Jahrhunderten gesprochen? Was *ist* Sexualität, was ist sie vielleicht *nicht*? Auf ein simples Wort heruntergebrochen kann im wahrsten Sinne des Wortes Sexualität (lat. *sexus*: Geschlecht), als *die Geschlechtlichkeit* (des Menschen) verstanden werden. Es geht um das «natürliche Geschlecht» des Menschen, könnte man *a prima vista* meinen. Heute wissen wir: es geht um viel mehr als «nur» um den *Phallus* und die «weibliche Scham».²⁸

Allgemein – und wohl die herrschende Auffassung widerspiegelnd – lässt sich die menschliche Sexualität verstehen als die *vielschichtige Gesamtheit der Lebensäusserungen und Erscheinungsformen*, die allesamt zusammenhängen und aus der Tatsache resultieren, dass der

²³ SIGUSCH Kritik, S. 11; siehe auch DUNDE, S. 249; a.A. BRAUN, S. 13, 264, wonach es im 18. Jahrhundert noch keine Sexualität gab.

²⁴ VON KRAFFT-EBING, S. V; DERS., S. VI: «Möge der Versuch, über ein bedeutsames Lebensgebiet dem Arzt und Juristen Aufschlüsse zu bieten, wohlwollende Aufnahme finden und eine wirkliche Lücke in der Literatur ausfüllen.»

²⁵ DERS., S. III.

²⁶ DERS., S. IV.

²⁷ Insgesamt eine interessante historische Abhandlung der «Fragmente einer Psychologie des Sexuallebens», wie die Liebe als Leidenschaft, die Sinnlichkeit und Sittlichkeit, die «Culturelle» Versittlichung des Sexuallebens oder – man staune – die «Wahre Liebe», VON KRAFFT-EBING, S. 1 ff.

²⁸ Die *Vulva* (lat.: Scham) als die äusseren erkennbaren primären weiblichen Geschlechtsorgane.

Mensch ein *sexuelles Wesen* ist, das als solches *erlebt, fühlt, denkt, handelt*²⁹ – und darüber auch zu *wissen* und reflektieren vermag.

Sexualität kann auch als eine allgemeine Lebensenergie verstanden werden, die sich des *Körpers* bedient. Diese mitunter komplexe, aber auch lebensspendende und kommunikationsfördernde Kraft wird gespiesen aus vielfältigen Quellen (visuell, auditiv, haptisch, olfaktorisch, gustatorisch), kennt mannigfaltige Ausdrucksformen und kann in verschiedenster Hinsicht sinnvoll sein.³⁰

Mit anderen Worten: Bei Sexualität geht es immer um den einzelnen Menschen in seinem individuellen Erleben, Fühlen, Denken³¹ und Handeln in Bezug auf seine Geschlechtlichkeit, seinen Körper und Geist. Oder noch anders formuliert. Sexualität ist einzigartig und individuell höchstpersönlich:³² um des Menschseins willen.

Die in den 90er-Jahren herrschenden intellektuellen Sexualtheorien begriffen den Menschen einerseits als ein einsam Handelnder. Das heisst die Sexualität äussert sich einerseits aus dem Verhalten (eine kulturübergreifende und ahistorische, objektive, wenn nicht intrinsische Entität) und andererseits ist der Mensch ein kommunikativer Handelnder, mithin Sexualität als soziales Handeln (Bestimmung durch soziokulturelle Einflüsse und damit ein relatives und historisches Konstrukt).³³ Heute dominiert hingegen die Theorie, die Sexualität als einen bio-psycho-sozialen Komplex versteht.³⁴ Nach dem deutschen Soziologen ARNE DEKKER stehen im «bio-psycho-sozialen»-Modell der Sexualität, das mitunter auch von der Sexualwissenschaft aufgegriffen wurde, Natur (biologische) und Kultur (psychologische und soziale Faktoren) miteinander in Beziehung.³⁵ Aber «weder ein konstanter Anteil körperlicher Grundlagen des Sexuellen noch eine variable Sexualkultur seien dem je anderen vorgängig. Die Natur und die Kultur existierten und entfalteten sich deshalb, weil sie als sexuelle Praxis immer wieder neu ins Leben gerufen werden.»³⁶

Dass dieser in erster Linie höchst individuell-subjektive Begriff «Sexualität» derart schwer, objektiv, abstrakt und in einer allgemeingültigen Fassung zu bestimmen und zu begreifen ist, zeigen die folgenden beispielhaften und nicht abschliessenden, aus verschiedenen

²⁹ KENTLER Taschenlexikon, S. 254, KENTLER, S. 9, DUNDE, S. 50, ARESIN ET AL., S. 178, EDER, S. 15, Brockhaus Enzyklopädie, 20. Band, S. 180.

³⁰ DUNDE, S. 56, 88.

³¹ Wozu auch das Wissen, Unwissen und das gestützt darauf kritische und reflektierende Denken verstanden werden soll.

³² Auch schon GRAUPNER, S. 172.

³³ Zum Ganzen DUNDE, S. 250 ff., SCHMIDT Verschwinden, S. 115 ff., BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 40 ff., und ausführlich EDER, S. 245 ff.

³⁴ BÜTTNER, S. 1, DEKKER, S. 36, BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 43.

³⁵ DEKKER, S. 37.

³⁶ DERS., S. 41; siehe auch DUNDE, S. 261.

Wissenschaftsdisziplinen versuchten Begriffsbestimmungen; oder zumindest der Versuch dazu. Aus *soziologischer* Hinsicht erfasst Sexualität das *Handeln* von Menschen, ein Geschehen zwischen Menschen; sie ist eine Kulturleistung des Menschen und (entsprechend immer wieder) neu zu interpretieren.³⁷ Für die Soziologen und Soziologinnen bildet Sexualität auch eine Achse zum Geschlecht. Die Gesellschaft ordnet sich um diese Achse herum, weil sie die Menschen verbindet und/oder trennt. Sexualität ist daher zentral für die Soziologie, da das Sexuelle anhaltend einer gesellschaftlichen Ordnung unterliegt. Sexualität ist also «immer mehr als das bloße Aufeinandertreffen zweier Körper.»³⁸ Aus *psychologischer* Sicht wird die Sexualität, mithin die sexuelle Motivation des Menschen, verstanden als Empfindungen und Verhaltensweisen, die sowohl von inneren, physiologischen, als auch von äusseren, psychologischen und soziokulturellen Faktoren beeinflusst werden.³⁹ Es scheint diesbezüglich aber auch der psychologischen Wissenschaft nicht zu gelingen, die persönliche Bedeutung der Sexualität im Leben der Menschen zu definieren. «Man kann zwar alle verfügbaren Einzelheiten zur Sexualität kennen (...) und trotzdem *nicht* die Bedeutung der sexuellen Intimität für den Menschen *begreifen*.»⁴⁰ Vor dem Hintergrund der *psychoanalytischen* Theorie entsteht Sexuelles, mithin der sexuelle Körper durch die Interaktion mit dem primären Befriedigungserlebnis mit der Mutter; durch das Stillen, Wickeln, Baden, Spielen oder wie das Kind von der Mutter in den Arm genommen und gestreichelt wird. Diese Erfahrungen ermöglichen ein «Körpergedächtnis», das bestimmte, erogene Zonen als lustempfindlich auszeichnet. In den unbewussten Erinnerungen gründet primär die sexuelle Erregbarkeit, unabhängig von der Stimulierung einzelner Körperzonen. Der Körper wird dadurch mit Lust ausgestattet.⁴¹ Ferner kann Sexualität unter Perspektive der *gender studies* auch *Identität* heissen: zur sexuellen Identität gehört demnach der physische Körper als solcher in seiner Geschlechtlichkeit, die psychische Selbstwahrnehmung als Person in ihrer Geschlechtlichkeit und die sexuelle Orientierung, mithin alles was den Menschen in seiner Geschlechtlichkeit ausmacht, wonach gehandelt wird und wozu auch die Selbstbestimmung zählt.⁴² Sexualität kann darüber hinaus aus einer *medizinischen* Perspektive als ein komplexes Zusammenspiel verschiedener biologischer, psychologischer und sozialer Einflussfaktoren verstanden werden. Diese Einflüsse tragen dazu bei, wie Sexualität empfunden und erlebt wird und auch in welcher Form und Intensität sexuell funktionsfähig der Körper ist.⁴³ Am Beispiel von traumatischen Erfahrungen zeigt sich beispielhaft, wie diese individuell

³⁷ LAUTMANN, S. 293, 311.

³⁸ ILLOUZ Liebesordnung, S. 37.

³⁹ MYERS/DE WALL, S. 482, 486.

⁴⁰ DIES., S. 496, Hervorhebungen nur hier.

⁴¹ QUINDEAU, S. 29 ff.

⁴² PLETT, S. 57.

⁴³ BÜTTNER, S. 3., siehe auch BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 39 ff.

den persönlichen Bereich der Sexualität verändern können.⁴⁴ Im weiteren und allgemeinen Sinn kann Sexualität auch das bedeuten, was mit der (biologischen) Geschlechtlichkeit – Mann/Frau-Sein – zu tun hat; oder im engeren Sinne die Genitalität, das unmittelbar mit den Organen im Zusammenhang der Fortpflanzung Stehende.⁴⁵ Sexualität wird zudem auch aus Rücksicht auf die individuellen Bedürfnisse und die Kontakte zu anderen als integratives Element der Persönlichkeit angesehen und angestrebt.⁴⁶ Nicht unwesentlich hat sich auch jüngst die *theologische Ethik* damit befasst, Sexualität zu definieren, was aus ihrer Sicht ebenfalls nicht möglich ist⁴⁷. Theologisch wird Sexualität verstanden als etwas dem Menschen Gegebenes und zur Gestaltung Aufgegebenes, als eine «Auf-Gabe» Gottes.⁴⁸ Sie ist von Gott gegeben und ihm zur Gestaltung anvertraut.⁴⁹

Wie lässt sich nach alledem Sexualität begreifen, verstehen, ja definieren? Gemein ist allen Interpretationen, dass es um den Menschen geht. Und doch: Das Sexuelle ist Gegenstand des Einzelnen oder der Einzelnen, aber auch die Sexualität der Gesellschaft. Die Wahrheit – so SIGUSCH – liegt nämlich darin, dass Sexuelles unmöglich zu definieren ist. Die Unwahrheit der Sexualität liegt in der gesellschaftlichen Formierung.⁵⁰ Letzten Endes – dem ist hier beizupflichten – dürfte Sexualität *in concreto* (und heute) aber genau das sein, was Menschen sich darunter vorstellen und wie wir sie uns als Menschen vorstellen.⁵¹ Und wir alle haben uns an die «Widersprüchlichkeiten der menschlichen Sexualität» zu gewöhnen.⁵²

Diese waghalsige Prämisse ist hier insofern von grosser Relevanz, als dies für einen Juristen oder eine Juristin bedeutet, mit einer menschlichen Wirklichkeit oder Tatsache umzugehen, die nicht abstrakt und begrifflich eingegrenzt werden kann. Das derartig vielfältige und höchst individuelle Phänomen wie das Sexuelle des Menschen, der Sex und die Sexualität, vermag insofern einer juristischen Begriffsbestimmung nicht weiterzuhelfen.⁵³ Im Verlauf unseres Zeitalters der Sexualität wird seit längerem mehr und mehr über Sexuelles (offen) gesprochen, debattiert, reflektiert – und immer wieder wird neu gesellschaftlich und gesellschaftspolitisch verhandelt, bewertet und umschrieben.⁵⁴ Deshalb erhält das Sexuelle laufend neue Grundlagen, Inhalte, Deutungen, Ziele, zeitigt Folgen und wird einer Vielzahl von Aspekten unterzogen. Es gibt nicht mehr ausschliesslich die eine Sexualität, sondern es gibt

⁴⁴ BÜTTNER, S. 23 ff., BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 608 f.

⁴⁵ LOEWIT, S. 29.

⁴⁶ AUER, S. 6, gl.M. SCHREIBER, S. 11.

⁴⁷ SCHREIBER, S. 13.

⁴⁸ DERS., S. 223.

⁴⁹ DERS., S. 225.

⁵⁰ SIGUSCH Kritik, 29.

⁵¹ KENTLER Taschenlexikon, S. 254, KENTLER, S. 9.

⁵² BORNEMANN, S. 746.

⁵³ MAIER Nötigungsdelikte, S. 4, DERS. Umschreibung, S. 1392.

⁵⁴ SIGUSCH Neosexualitäten, S. 29.

die Sexualitäten.⁵⁵ Dieser Umstand hilft dem Juristen oder der Juristin genauso wenig weiter. Dazu aber später.

1.3. Zu den Aspekten, Funktionen und Aufgaben der Sexualitäten

Der Mensch ist ein sexuelles Wesen, pränatal und bis zum letzten Atemzug.⁵⁶ Wir können denn auch die menschliche Sexualität nach dem Gesagten als Dispositions- und Verhaltensbegriff verstehen. Es gibt physiologische Faktoren, die im Menschen «angelegt» sind. Wir wissen aber auch, dass neben diesen «konstitutionellen Prädispositionen» genauso äussere Einflüsse, Mächte und Faktoren matchentscheidend sind für die Sexualität, wie sie gelebt, gefühlt, bewertet und erfahren wird. Deshalb haben die Gesellschaft genauso wie die Wirtschaft einen wesentlichen Einfluss auf die sexuelle Motivation. Die primär rein biologische Funktion der menschlichen Sexualität wurde mehr und mehr soziokulturell überformt.⁵⁷ Dies zeigt sich, wenn wir das Phänomen der menschlichen Sexualität geschichtlich betrachten und einzuordnen versuchen.

Entfremdung des Körpers

Sexualität ist auch deshalb so schwer zu erkunden und zu begreifen, weil sie schon immer neu oder anders geformt oder gestaltet erlebt wurde. Sie in ihren Äusserungen und Erscheinungsformen zu verstehen, bedingt einen zweifachen Blick: Einen auf die *Sexualgeschichte*, wie die Sexualität aufkam, sich verbreitet und inhaltliche Bedeutung gewonnen hat; eine andere Sicht aber auf *Sexualgeschichten*, durch die sie erlebt, zuerst mit Vernunft konfrontiert, moralisch bewertet, später auch als Konversationsthema und Wissensgebiet «entdeckt» wurde, das in unzähligen Werken seinen Niederschlag fand. «Geschichten sind dazu da, sie anzuhören, sich mit ihnen auseinanderzusetzen, von ihnen zu lernen, sie weiterzugeben und dabei auf eigenen Erfahrungen anzupassen.»⁵⁸ Das gilt mithin auch für das Recht.

Herrschte im Mittelalter eine grundsätzlich *sexualfreundliche* Einstellung zu Körper, Nacktheit, physischer Nähe und sexueller Lust und Erregung in den grösseren Bevölkerungsschichten, setzte gegen Ende des 17. Jahrhunderts und bis weit ins 19. Jahrhundert eine Entwicklung ein, die bis heute die Sexualität der Menschen tief im Kern erfasst. Mit der industriellen Revolution, der Urbanisierung und dem Aufkommen des Bürgertums und damit einhergehend die arbeitsteilige Wirtschaft (geprägt von der bäuerlichen Produktion und des Handwerks mit dem Wandel hin zur Industrie), wurde der Mensch – und damit auch sein sinnlicher und lustvoller Körper – zum reinen Arbeitsmittel. Die Trennung von Arbeitsplatz

⁵⁵ Siehe dazu bereits SIGUSCH Neosexualitäten, S. 36 ff.

⁵⁶ Siehe anschaulich die Entwicklung der Sexualität DUNDE, S. 51 ff.

⁵⁷ ARESIN ET AL., S. 181.

⁵⁸ KENTLER, S. 9 f.

und Wohnung war die Folge – mit weitreichenden Folgen auch und insbesondere für die Familie. Der Kapitalismus brachte das Prinzip des Gewinnstrebens und der Kapitalvermehrung hervor. Parallel dazu begann eine körperliche Entfremdung. Im Zuge dieser Entwicklung ging der Mensch auf Distanz zu seinen Affekten, Gefühlen, Sinnen, ja er entfremdete sich von ihnen, verlor den Zugang zu seinem Unbewussten und war diesen Impulsen umso unwissender ausgeliefert. Lust und Eros wurden zurückgedrängt. Das Lustprinzip wurde dem Leistungsprinzip geopfert; Pünktlichkeit, Fleiss, Disziplin und Gehorsam galten nunmehr als *die* Tugenden des aufkommenden Wohlstandes. Der Mensch stellte seine Arbeitskraft, also seinen Körper, dem Produktionsmittelbesitzer zur Verfügung und wurde dadurch immer mehr fremdbestimmt. Die Verstädterung zwang die Menschen zudem in eine Anonymität, in unpersönliche und unüberschaubare Massen ohne persönliche Kontakte. Während die Menschen bis anhin in grösseren Familien und Familienverbunden lebten, wurden sie vermehrt vereinzelt, auf sich selbst fixierte Subjekte, alleinverantwortlich für ihre Lebensgestaltung. Diese fundamental veränderten ökonomischen und sozialen Strukturen führten zu grundlegend anderen Lebensbedingungen, Lebensumständen und Lebensinhalten der Menschen. Ein «neuer Mensch» entstand: der Zivilisierte mit bürgerlichem Sozialcharakter: Schmatzen, Schlürfen, Rülpsen und Furzen, im Mittelalter Zeichen für gutes Essen, galt für den «neuen Menschen» als unfein, sogar als Beleidigung; Gegessen wurde neu mit Gabel und Messer und nicht mehr mit den Händen; Spucken war ihm verboten, nicht nur seine Spucke, auch der Ärger und der Frust wurde geschluckt, und fürs Schnäuzen gab es ein Taschentuch, nichts Körpereigenes durfte die Strasse verschmutzen; Gegähnt wurde mit der Hand verdeckt; Geschlafen wurde im eigenen Schlafzimmer, im eigenen Bett – und «selbstverständlich» nicht mehr nackt, sondern bekleidet; die «kleinen» und «grossen» Bedürfnisse wurden intime Akte an «stillen Orten», während Ausscheidungsvorgänge im Mittelalter ein beliebter Gesprächsstoff waren; und so weiter und so fort. Alles in allem: ein gewaltiger hygienischer Aufwand wurde gegen allen Schweiß und alles Schmutzige, gegen alles Natürliche und Körperliche betrieben.⁵⁹ Da der Körper zum reinen Arbeitswerkzeug verkam bzw. degradiert wurde, wurden das Sinnliche, das Emotionale, das Lustvolle auf die Sexualorgane reduziert – und diese waren einzig für die Fortpflanzung da. Dieses neue Rollenverständnis – notabene von der Kirche unabhängige – der «säkularisierten Sexualfeindschaft», also die Sexualität in der bürgerlichen Tradition, nur reduziert auf die Dienste der Ehe und der Fortpflanzung, prägte die gesellschaftliche Ordnung und den Sozialcharakter. Die soziale Kontrolle vom Fremdzwang verlagerte sich in der Folge immer mehr zum Selbstzwang aufgrund der starken Verinnerlichung der gesellschaftlichen Erwartungen. Ein neues

⁵⁹ KENTLER, S. 29 f.; SCHMIDT Grosse, S. 34 ff.

moralisches Gewissen etablierte sich (Stichworte: «das macht ‹man› doch nicht»; «das gehört sich nicht» «es könnte jemand zuschauen/zuhören»). Der Körper wurde dadurch immer mehr zu einem berechenbaren Leistungsorgan diszipliniert. In dieser durch Fleiss und Arbeit geschaffenen «neuen Welt» wurde die eigene Familie, die kleine noch verbliebene Kernfamilie, der innerste noch vorhandene emotionale Wert. Sie wurde dadurch unerlässlich.⁶⁰

Eine «neue» Familie entsteht

Diese gesellschaftliche Umkrempung betraf den einzelnen Menschen genauso wie die Familie. Sie verlor ihre bisherigen Produktionsaufgaben mehr und mehr. Namentlich die Bauern-, Handwerker- und Heimwerkerfamilien bildeten im vorindustriellen Zeitalter eine eigenständige Wirtschaftseinheit, eine Gruppe aus mehreren Familienmitgliedern⁶¹ unter einem Dach, die Güter zur Versorgung aller ihrer Mitglieder produzierten; eine Grossfamilie also. Mit der Industrialisierung kam es wie vorhin erläutert zur Trennung vom Arbeits- und Wohnplatz, die Grossfamilie wurde immer kleiner. Es kam zu einem Bruch mit den traditionellen Lebensgewohnheiten in den Grossfamilien und Familienverbänden; es bildeten sich neue Familienstrukturen, neue Formen der Kindererziehung und der Nachbarschaftsverhältnisse. Hingegen erhielten die Beziehungen zwischen den Eheleuten, zwischen den Eltern und Kindern fortlaufend mehr Gewicht; so entstand denn auch die bürgerliche Kleinfamilie. Vor diesem Hintergrund sind mitunter auch die Grundprinzipien des historischen Schweizerischen Familienrechts zu verstehen; oder in den Worten EUGEN HUBERS die «drei Richtungen» der aufklärenden Regelungen eines modernen Familienrechts.⁶² Gerade dadurch, dass Arbeit und Wohnung getrennt wurden, bedurfte es einer wärmenden, gefühlvollen und emotionalen Bande, die das familiäre Leben im noch erhaltenen Kern zusammenhält: dies gelang durch die «*Emotionalisierung des Familienlebens*»,⁶³ mit vier prägenden Erscheinungen: Häuslichkeit, romantische Partnerwahl, Gattenliebe, Elternliebe. *Das Haus* wurde zum Nest für Erholung und Wohlergehen; das Private, Intime, Emotionale, war vor den anderen und insbesondere der Aussenwelt zu schützen. Von der Aussenwelt, von der Produktion und sogar vom Leben abgeschnitten wurde die Pflege des Hauses: der Haushalt und die darin befindlichen Kinder wurden von der Frau zu Hause besorgt und umsorgt; so gedieh das Bild der liebevollen Mutter und Hausfrau. Die Partnerwahl⁶⁴ war zwar durchaus von

⁶⁰ Zum Ganzen ausführlich DUNDE, S. 247 f., KENTLER, S. 28 ff., SCHMIDT Grosse, S. 17 ff., 33 ff., BORNE-MANN, S. 754 f.; im Zusammenhang mit dem Kampf gegen die Onanie, RUCKSTUHL/RYSER, S. 31 ff.

⁶¹ Lat. *familia* (Gesinde; alle dem Hausherrn unterworfenen; Gesamtheit der Herrschaft und Dienerschaft unter einem Haus), Kollektivbildung aus lat. *famulus* (Diener, Gehilfe, Knecht); ausführlich BORNEMANN, S. 208 ff., KENTLER Taschenlexikon, S. 77 f., ARESIN ET AL., S. 60.

⁶² HUBER Erläuterungen 1914, S. 101; siehe auch EGGER, N 2 ff. zu Einleitung Familienrecht, RADBRUCH, S. 245 f.

⁶³ Zum Ganzen SCHMIDT Grosse, S. 22 ff., DERS. Verschwinden, S. 33.

⁶⁴ Siehe auch WIENFORT, S. 49 ff.

wirtschaftlichen Überlegungen geprägt, doch die *Liebesehe* (eine bürgerliche Errungenschaft notabene⁶⁵) vermochte sich ebenso durchzusetzen und wurde zur Norm. Sie war geleitet von der besonderen Beziehung dieses einen Mannes mit dieser einen Frau und nicht nur eines Mannes mit einer beliebigen Frau. (Die Vorstellungen dazu waren geleitet von: Nicht ein Trieb, sondern die Vorstellungen bewirkten, dass der eine Kuss einen kalt lasse und der andere Kuss wie Feuer bis in die Tiefen des Herzens brenne;⁶⁶ oder Liebende würden Liebende bleiben, wenn man Eheleute geworden sei;⁶⁷ Bis heute scheint dieses Ideal, die bewusste Erotisierung der Ehe und die Liebe als Kunst, in uns zu haften⁶⁸). Diese Partnerwahl aus Liebe führte zur dritten wesentlichen Erscheinung: zur *Gattenliebe* als *den* zentralen Grund zum Eingehen einer Ehe und auch als Legitimation zur Aufrechterhaltung der Ehe. Der Gatte oder die Gatten war einmalig und einzigartig. Sexualität innerhalb der Ehe wurde weniger als Ausdruck von Liebe als vielmehr von ehelicher Pflicht verstanden. Dieses starke emotionale Band zwischen den Eheleuten schaffte (und schafft teils bis heute) die Vorstellung vom dauerhaften leidenschaftlichen gegenseitigen Verlangen. Die Zärtlichkeit «entsteht».⁶⁹ Nicht von ungefähr wurde Sexualität und Liebe damit gleichgesetzt. Dauer und Leidenschaft verlangen bis heute die «Quadratur des Kreises» in der Ehe (und Partnerschaften). Die vierte Erscheinung war die Emotionalisierung der *Eltern-Kind-Beziehung*. Während im vorindustriellen Zeitalter Kinder gleichgültig beachtet und die Bindung zu ihnen eher lose war, änderte sich dies mit der Ausrichtung auf das Innere, den Kern der Familie, im Haus. Die Erziehung wurde klarerweise als naheliegend erachtete Aufgabe der Mutter wahrgenommen, eben der Frau zu Hause, am familiären Herd. Sie, die Frau und Mutter, erhielt eine bis dahin nicht bekannte Bedeutung.⁷⁰ Über die emotionale Bindung der Eltern zu ihren Kindern erlangte auch die Kernfamilie und damit die Gesellschaft Zugriff auf die Persönlichkeitsentwicklung der Kinder.⁷¹

Zusammenfassend zogen sich der einzelne Mensch und seine Kernfamilie von der Welt zurück. Die bürgerliche Kleinfamilie avancierte dadurch zur «Brutstätte» für Sexualität in der

⁶⁵ Unter wesentlichem Einfluss von JEAN-JAQUES ROUSSEAUS reformpädagogischen Werk *Émile oder Über die Erziehung*; siehe ausführlich KENTLER, S. 33 ff., WIENFORT, S. 20 f., RADBRUCH, S. 248 f., wonach Liebesehe und Rechtsform in «schwer überwindlichem Widerspruch» stehen.

⁶⁶ KENTLER, S. 34, m.w.H.

⁶⁷ DERS., S. 37, m.w.H.

⁶⁸ Ebd.; siehe auch KENTLER Taschenlexikon zur romantischen Liebe und romantischen Liebesmoral, S. 230 ff.

⁶⁹ Siehe hierzu auch ausführlich DUNDE, S. 349 ff., und kulturhistorisch KLEINBECK, S. 17, wonach anstelle der Rechtspflicht des Ehevollzugs die Zärtlichkeit, die freie Aushandlung des ehelichen Beischlafs, trat; ferner ARESIN ET AL., S. 218, wonach durch viele historisch kulturelle, gesellschaftliche, aber auch individuelle Faktoren, Zärtlichkeit einen hohen Stellenwert in Partnerschaft und Sexualität erlangte.

⁷⁰ Siehe dazu auch WIENFORT zu Mutterschaft vor und ausserhalb der Ehe, S. 188 ff., sowie zu Mutterschaft und Berufstätigkeit, S. 210 ff.

⁷¹ Auch WIENFORT zu Elterliche Verantwortung und Kindererziehung, S. 206 ff., Lieblingskinder, S. 212 f., und Tod von Kindern, S. 213.

Gestalt von Verboten und Versprechen. Die Kontrolle, Dämpfung und Ritualisierung von Gefühlen, Emotionen und Sinnen veränderte das Leben der Menschen und hatte einen enormen Einfluss auf die Sexualität. Oder in den Worten GUNTER SCHMIDTS: Die nie verwirklichten bürgerlichen Familienideale setzten ein «gewaltiges Sentimentalisierungsspektakel» in Gang.⁷²

Das Recht, das Schweizerische Familienrecht anno 1907 und das Schweizerische Strafrecht 1942, waren zu diesem Zweck und vor diesem Hintergrund die eine über das Individuum und die Gesellschaft hinweg ordnungsgebende und normierende Instanz. Das Recht setzte die vorherrschenden gesellschaftlichen Moralvorstellungen fest, erklärte sie für allgemeingültig und verfestigte sie⁷³ – im Kern bis heute.

Ein neues Liebesideal

Die Geschichte der Sexualität und die Geschichten über sie gehen noch weiter.

Die Sexualität wurde im 18. und 19. Jahrhundert vermehrt unter Kontrolle genommen. Die Gesellschaftskontrolle wurde stark repressiv. Die Medizin nahm hier die «Federführung» wahr⁷⁴ – Stichwort: *Psychopathia Sexualis*. VON KRAFFT-EBING sprach explizit die Jurisprudenz an, indem das Sexualleben auf die gesetzesmässigen Bedingungen zurückgeführt werden musste. Für das staatliche Gemeinwesen war es nämlich existenziell, «Zucht und Sitte» aufrechtzuerhalten. Der Staat konnte «kaum genug thun als Hüter der Sittlichkeit in dem Kampf gegen Sinnlichkeit [sic]» zu sein.⁷⁵ Seine Studie wurde dadurch genauso im Hinblick auf die Schaffung eines Schweizerischen Zivilgesetzbuches und Schweizerischen Strafgesetzbuches zu einem eigentlichen «Referenzrahmen» für die Rechtswissenschaft und Politik.⁷⁶ Die Repression führt derweil zur Obsession und Erzeugung von Schuldgefühlen,⁷⁷ mit hin aber auch zu einer restlosen Sexualisierung der Lebensumstände. Je mehr versucht wurde, Sexuelles, Erregbares, Lustförderndes zu unterdrücken, ja sogar auszuschalten, desto mehr durchdrang das Sexuelle das Leben. Sie – die Sexualität – war also omnipräsent.⁷⁸ Aber die Sexualität war gerade im Zeitalter der Industrialisierung eher störend, denn sie lenkte von der Arbeit ab. Der Mensch sollte als Arbeitskraft der Produktion dienen, Sexualität musste daher auf den Pfad der natürlichen Bestimmung, der Zeugung von

⁷² Zum Ganzen SCHMIDT Grosse, S. 22 ff., 33, DERS. Verschwinden, S. 32 f., m.w.H.; in Kürze zur Sexualität und Bürgertum, BORNEMANN, S. 755; DUNDE, S. 21 ff.

⁷³ RUCKSTUHL/RYTEK, S. 23, siehe auch anschaulich die Publikation MINELLIS.

⁷⁴ Näheres bei SCHMIDT Grosse, S. 41 f.

⁷⁵ VON KRAFFT-EBING, S. IV f., 94.

⁷⁶ RUCKSTUHL/RYTEK, S. 69.

⁷⁷ MINELLI, S. 9, wonach gerade das Sexualstrafrecht, *in concreto* aArt. 204 StGB, keine echten Rechtsgüter schützte, sondern Schuldgefühle erzeugte, um das Herrschaftssystem zu stützen und die Menschen auszunützen.

⁷⁸ DUNDE, S. 72 f.

Nachkommen, gebracht werden, also der Zeugung neuer Arbeitskräfte.⁷⁹ Und doch war Sexualität durch Heimlichkeit und Doppelmoral stark geprägt. Deshalb begegnete man ihr entsprechend zwiespältig. Just aus diesen Widersprüchen heraus entstand bei den Fachleuten des 19. Jahrhunderts das bis heute noch vorherrschende Konzept des Triebes.⁸⁰ Namentlich den Männern sollte allerdings (zumindest gelegentlich) erlaubt werden, ihre sexuelle Energie zu entladen, mit anderen Worten: «dampf abzulassen».⁸¹ Sexualität, aber wohlgerichtet ausschliesslich die eheliche (!), auf Liebe und Hingabe gestützte Sexualität, wurde primär auf die Fortpflanzung oder kanalisierte Spannungsentladung der Männer reduziert. Wer wie bereits erwähnt nicht ganz enthaltsam sein konnte oder wollte, sollte als «Auswegmöglichkeit» eine Ehe eingehen. Die ideale, bürgerliche (Ehe-)Frau hatte hingegen keine sexuellen Bedürfnisse.⁸² Dazu passend VON KRAFFT-EBING: «Auf der Culturrhöhe des heutigen gesellschaftlichen Lebens ist eine socialen sittlichen Interessen dienende sexuelle Stellung des Weibes nur als Ehefrau denkbar. (...) Der noch so sinnliche Mann von besserem Gefühl verlangt ein Weib zur Ehe, das keusch war und ist [sic].»⁸³

Liberalisierung und ihre Folgen

Nach einer kurzzeitigen bürgerlichen Sozialreformbewegung in den 1920er-Jahren⁸⁴ setzten die 60er- und 70er-Jahre eine sexuelle Liberalisierung und einen eigentlichen Strukturwandel in Gang. Die Familie verlor nunmehr auch ihre Funktion als Versorgungs- und Erholungsstätte. Es war zwar nicht so, dass die traditionellen Rollenaufteilungen, Haushalt und Kindererziehung durch die Mutter und Erwerbseinkommen durch den Vater, sogleich verschwanden. Doch vermehrt wurde die Familie von ihren noch verbliebenen «Kernaufgaben» gelöst. Der aufkommende Wohlstand hatte seinen Beitrag dazu geleistet. Die Schweiz ist stark von dieser neuen Rollenzuteilung betroffen, zumal sie im Gegensatz zum übrigen Europa von den Folgen des Zweiten Weltkrieges weitgehend verschont blieb. Die gesellschaftliche Transformation setzte allerdings etwas später ein. Durch den erhöhten Einfluss westlicher, kapitalistischer Gegebenheiten änderten sich naheliegenderweise auch die Lebensbedingungen und das Konsumverhalten der Gesellschaft und der Individuen markant. Dies hatte Auswirkungen auch auf die Sexualität, indem sie zunehmend von der reinen Fortpflanzung getrennt wurde und individuelle Familienplanungen erlaubte. Dies schuf diverse Optionen zur Erfüllung des Kinderwunsches und ermöglichte Aussagen und Prognosen über den

⁷⁹ MINELLI, S. 19 f.

⁸⁰ Ausführlich zum umstrittenen Terminus und zur Theorie FREUDS, DUNDE, S. 330 f., BORNEMANN, S. 827, und KENTLER Taschenlexikon, S. 280 f.

⁸¹ SCHMIDT Grosse, S. 40 ff.

⁸² SCHMIDT Verschwinden, S. 35.

⁸³ VON KRAFFT-EBING, S. 11.

⁸⁴ Siehe näheres dazu SCHMIDT Verschwinden, S. 36 ff.

Fötus und Embryo.⁸⁵ Die Anzahl der Kinder nahm ab, weniger Ehen wurden geschlossen und mehr Ehen geschieden. Zudem entstanden neue Dienstleistungen für die Versorgung der Familie und die Kindererziehung aber auch einfache Dinge und Erfindungen wie neue Wohn- und Küchengeräte oder Windeln, Babynahrung *et cetera* trugen dazu bei, dass «Familie» neu oder zumindest anders gedacht, gesehen und gelebt wurde.⁸⁶ Dadurch veränderte sich auch die Einstellung zur Sexualität. Sie wurde neu interpretiert als ein zentraler Bestandteil einer Liebesbeziehung – unabhängig davon, ob sie in der oder ohne die Ehe gelebt wurde. Sexualität emanzipierte sich also stark vom Institut der Ehe; aber nach wie vor blieb das Ideal vorherrschend, dass Sexualität und Liebe zusammengehören. Gerade dieses neue eheunabhängige Konzept von Ehe- und Partnerschaften verlangte implizit die fast zwangsläufige Pflicht zur sexuellen dauerhaften Leidenschaft. Partnerschaften wurden dadurch auch fragiler.⁸⁷ Diesen starken Wandel der Sexualität konnte ULRICH CLEMENT in zwei empirischen Studien ausführlich darlegen. Er stellte dabei zwei wesentliche Entwicklungen fest: Einerseits bezüglich der vorehelichen Sexualität und andererseits bezüglich der Loslösung der Sexualität von der tradierten Institution Ehe. Bezüglich letzterer wurde die Orientierung auf die Ehe relativiert und die traditionelle Partnerschaftsperspektive (Zusammenziehen, heiraten, Kinder haben, sexuell treu sein) weniger angestrebt. Zudem wurde eine fast durchgängige Akzeptanz der Selbstbefriedigung, Homosexualität und Virginität festgestellt.⁸⁸ Allerdings führte diese Entwicklung zu einem Paradoxon, das in der Menschheitsgeschichte noch nie dagewesen war: Wir versuchten [und versuchen wohl auch weiterhin] «eine auf Dauer angelegte, langfristige Beziehung, nämlich Partnerschaft und Ehe» zu erreichen, aber «auf etwas eminent Flüchtigem und Unzuverlässigem – nämlich Gefühlen, lebendig fühlbarer Liebe und Leidenschaft.»⁸⁹ Das konnte nicht ohne längerfristige Folgen gut gehen. «Der hohe Grad an romantischem Idealismus und Rigorismus ist eine Voraussetzung für die schwindende Dauer von Beziehungen, deren Widersache die Liebe ist.»⁹⁰

Nebenbei sei hier noch kurz erwähnt, dass diese Entwicklung – insbesondere manifest *qua* Brüchigkeit von Ehe und Partnerschaften und somit auch «Entlastung» von der Fortpflanzungsfunktion - eine neue Dimension erhalten hat durch das Aufkommen der Verhütungsmittel in den 1970er-Jahren sowie der Reproduktionsmedizin. Der andauernde

⁸⁵ BUSCH, S. 124 ff.

⁸⁶ SCHMIDT Verschwinden, S. 36.

⁸⁷ SCHMIDT Verschwinden, S. 38 ff.; DERS. Grosse, S. 62, 66.

⁸⁸ CLEMENT, S. 76 ff.

⁸⁹ Zit. nach SCHMIDT Verschwinden, S. 39.

⁹⁰ SCHMIDT Verschwinden, S. 39.

technologische Fortschritt verschärft heute für die Frau bezüglich ihrer Sexualität, ihr Bild vom Frausein, von Schwangerschaft und von Mutterschaft.⁹¹

Mit dem eingetretenen Wandel von und im Volk, ging auch ein Wandel von Moral und Sitte einher. Das Primat von Natur und Sitte wurde aufgebrochen.⁹² Vor diesem soeben dargelegten Hintergrund ist das *Teil I* einleitende Zitat SCHMIDTS zu verstehen. Und dieses ist genauso von Relevanz für die später zu diskutierende und vorliegende Fragestellung, wie das Familienrecht mit diesen laufend sich wandelnden Sexualitäten der Menschen und damit zusammenhängenden geänderten Familienfunktionen umgegangen ist. Der Mensch, das Individuum rückte stärker in den Vordergrund. Das zeitigte markante Folgen.

Trivialisierung und Banalität der Sexualität

Die Geschichte und Geschichten gehen weiter und nehmen doch eine überraschende Wendung. Mit der sexuellen Liberalisierung sind Jahrhunderte alte Verbote weggefallen, aber – und das ist wesentlich – es kamen neue implizite Gebote hinzu. Der Mensch von früher durfte nicht, der Mensch von heute sollte! Sexualität erlangte eine diametral andere Bedeutung und gesellschaftliche Bewertung. Sie wurde zu einem Mittel des Konsums, des Vergnügens und des Trostes. Sexualität war zuvor Ziel der sozialen Kontrolle, sie wurde nun Mittel sozialer Kontrolle. Der Liberalisierungsprozess in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts hatte vier entscheidende Erscheinungen: Der Umgang mit Sexualität wurde aufgeschlossener; diese Freizügigkeit führte zum Abbau von Geschlechtsunterschieden im Sexualverhalten; die Einstellungen gegenüber sexuellen Minderheiten (insbesondere gegenüber Homosexuellen) wurden toleranter; und all diese Veränderungen schlugen sich auch im rechtlichen Kontext – direkt oder indirekt – nieder.⁹³ Die Fragestellung dieser vorliegenden Arbeit wird auch und gerade vor diesem historischen Hintergrund zu beantworten sein. Hat das Recht diese Entwicklungen selbst auch mitgemacht? Durch das stark veränderte Sexualverhalten und die gesellschaftliche Einstellung gegenüber dem Sexualverhalten kam es bedingt durch die westliche spätkapitalistische Industriegesellschaft zu einem Überfluss an Produkten, was sich auf das Konsumverhalten und stark auf den Umgang mit (sexuellen) Bedürfnissen und deren Befriedigungen niederschlug (Stichwort: *Sex sells*).⁹⁴ Damit wurde eine enorme ökonomische Maschinerie in Gang gesetzt, die bis weit ins Bett reicht. Die körperlichen und sinnlichen Bedürfnisse – lange zuvor wurden sie unterdrückt – mussten

⁹¹ Siehe auch schon am Rande erwähnt SCHMIDT Grosse, S. 64, SIGUSCH Neosexualitäten, S. 30 f.

⁹² AUER, S. 18; siehe auch ECKERT, S. 337, zu den Änderungen des sittlichen Massstabes und den tatsächlichen Verhältnisse am Beispiel eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts.

⁹³ So insbesondere mit dem Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht vom Schutz der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung hin zum Schutz der (individuellen) sexuellen Selbstbestimmung; siehe hinten Ziff. 2.1.

⁹⁴ Siehe ausführlich zu Konsum DUNDE, S. 124 ff. ausführlich aus soziologischer Sicht ILLOUZ Liebe, S. 78 ff.

jetzt maximalisiert werden, um konsumieren zu können. Durch die zunehmende Technologisierung im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts – *pro memoria*: wir sprechen hier von einer Zeit, als es noch keine *Smartphones* und *Apps* gab – wurde die Arbeit der Menschen zunehmend weniger benötigt, ihnen stand «mehr Zeit» zur Verfügung. Das führte zu einer neuen gesellschaftlichen Herausforderung: Wie mit dieser «neuen Zeit» umgehen? Sexualität wurde als Füllmasse unentbehrlich, sie wurde zu einer Erlebnisware, wie Reisen, Essen oder Unterhaltung. Sexualität hat damit in gewisser Weise ihren «Zauber» (zumindest partiell) verloren, wurde ihr doch vorher heimlich, kichernd, ganz mystifiziert im Privaten nachgegangen.⁹⁵ Mit allgegenwärtiger, sexualisierter Werbung und dem freien Zugang zur Pornografie fand auch das Leistungsprinzip gegenüber dem Lustprinzip Eingang in den Intimbereich und führte zu Druck und Unzufriedenheiten.⁹⁶ Zugespielt gesagt, hat die Sexualität eine Funktion und hat sie Aufgaben erhalten, die sie nicht erfüllen konnte – und dürfte sie auch weiterhin nicht können. Dazu SCHMIDT bereits Ende der 1980er-Jahre (!): «Die Sexualität hat zunehmend eine *kompensatorische Funktion* bekommen, und sie dient im privaten wie gesellschaftlichen Ausmass zunehmend zur Beschwichtigung ganz anderer Bedürfnisse und Ansprüche. [Sie] soll Ehe und Beziehung zusammenhalten, die kaum noch eine andere Funktion haben, als Emotionen zwischen den Partnern herzustellen; [Sie] soll Selbstverwirklichung ermöglichen und Selbstwert geben in einer Gesellschaft, die es zunehmend schwerer macht, sich etwas wert zu fühlen; [Sie] soll die Ohnmacht vergessen lassen und die Kälte in einer bürokratischen abgeriegelten, automatisierten und betonzugemauerten Welt; [Sie] soll uns die Zeit stehlen mit Selbstbeschäftigung und Beziehungskiste, die wir widerständig nutzen könnten. Es sah eben nur so aus wie im Paradies. Sexualität wird überfrachtet mit Aufgaben, die sie nicht erfüllen kann.»⁹⁷ Das hatte auch wie erwähnt Einfluss auf die Einstellung zu Ehe und Partnerschaften, die durch die sexuellen und emotionalen Probleme verletzbarer wurden. Nach den gesellschaftlichen Liberalisierungszügen in den 1960er- und 1970er-Jahren entstand ein neuer «Sexualkodex». Danach sollte Sexualität untereinander friedlicher, kommunikativer, berechenbarer, rationaler verhandelbar, herrschaftsfreier gemacht oder geregelt werden. Die alte Sexualmoral wurde abgeschafft und durch eine *Interaktions- und Verhandlungsmoral* der Partner ersetzt. Sie bewertet nicht die sexuellen Handlungen als solche, sondern die Art und Weise des Zustandekommens. Die Sexualität wurde dadurch aber auch stark rationalisiert. Sexualität sollte vorhersagbar und überschaubar gemacht werden. Partnerschaften passten sich diesen neuen sexuellen

⁹⁵ Zum Ganzen SCHMIDT Verschwinden, S. 48 ff.

⁹⁶ AUER, S. 19.

⁹⁷ SCHMIDT Grosse, S. 59, Hervorhebung nur hier; gl.M. KENTLER Taschenlexikon, S. 255, Sexualität unter einem Ersatzbefriedigungsaspekt; siehe auch AIGNER, S. 137.

Verhältnisse an. Sie wurden zwar eingegangen, aber nicht mehr aus materiellen Überlegungen wie früher (Fortpflanzung oder Versorgung), sondern sie wurden solange eingegangen, um sich darin wohlfühlen und solange beide Involvierten einen «emotionalen Wohl- fahrtsgewinn» haben. Diese Beziehungsform ist auch nicht mehr notwendigerweise mono- gam, denn auch darüber konnte und kann heute nunmehr verhandelt werden.⁹⁸ Die Welt wurde (über)sexualisiert und führte uns und unsere Partnerschaften in gewisser Weise in ein «sexuelles Elend»; die «Säulen der alten Moral, Gott, Vaterland, Familie» sind weitgehend weggebrochen oder diversifiziert; heute gehen individuelle Entscheidungen und die Selbst- verwirklichung vor.⁹⁹

Sexualität, verstanden als etwas Soziales, und vor allem wenn sie «frei» ist, hat der «Frei- heit» zu einer Geltung und damit zu einem beachtenswerten Element der Identitätsbildung, einem modernen Selbst, verholfen. Sie ist ein «Ort der Selbstfindung, Selbsterkenntnis und Selbstverwirklichung. [E]ine Bühne, auf der wir die Wahrheit über unser Selbst entdecken und lernen, darüber zu reden, und auf der zugleich dessen Autonomie geformt wird.» Sexu- alität ist auch ein Mittel, um uns in eine Konsumgesellschaft zu führen. Über den Konsum – Sport, Kosmetik, Klamotten, Pornografie, Toys *et cetera* – finden wir unsere Identität. Sexu- alität wurde auch zu einem Feld, auf welchem die beteiligten Männer und Frauen den Zweck von Ehe, Liebe und Fortpflanzung mit Werten wie Gleichheit und Konsens neu defi- nierten. Doch gerade dieser freie Charakter der Sexualität macht diese auch hochgradig un- sicher. «Wir haben es [bei der romantischen Liebesbeziehung] nicht mit einer Beziehung zu tun, bei der das sexuelle Verlangen aus dem Verliebtheitsgefühl folgt, sondern letzteres ent- stehe aus der Sexualität heraus.»¹⁰⁰ Andersherum: Sexualität wurde zu einem Projekt, um sich selbst und die Lebensprojekte zu verwirklichen.¹⁰¹ Gerade aufgrund des kompensatori- schen Charakters verleitet Sexualität zu einer gewissen narzisstischen Verhaltensweise. Ge- sucht wird der aufregende Augenblick, das geile Erlebnis, das vom trüben Warten oder der Lustlosigkeit ablenkt; es geht mithin um die Suche nach dem Sinn des Seins. Sexualität und Liebe scheinen hier ein Anker zu sein. Sex und Sexualität waren und sind omnipräsent, Sexu- alität wurde und wird in der Partnerschaft dadurch zunehmend trivial und die Partner- schaft zur Bedrohung. Doch soll gerade diese Partnerschaft durch die Sexualität immer wie- der neu bestätigt werden. Die Partner oder die Partnerinnen scheinen zu glauben, der andere oder die andere beraube ihn oder sie in seinen oder ihren Erlebnismöglichkeiten. Affären, das pausenlose Reden und Reflektieren über die Partnerschaft, das «Öffnen» der

⁹⁸ SCHMIDT Verschwinden, S. 11 ff.

⁹⁹ SIGUSCH Suche, S. 9.

¹⁰⁰ ILLOUZ Liebesordnung, S. 37 ff.

¹⁰¹ ILLOUZ Liebe, S. 87.

Partnerschaft oder die Trennung, bevor man aufeinander zugeht (sog. negative Beziehungen¹⁰²), sind die Folgen und Möglichkeiten, diesem – hart formulierten – Elend zu entgehen.¹⁰³ Mehr noch: Durch den Gelegenheitssex und die generelle Sexualisierung der Beziehungen wurde der Aufbau von Partnerschaften stark verändert. Diese Flüchtigkeiten bringen grosse Unsicherheiten hervor; durch die grosse Auswahl an Begegnungen, den hedonistischen und kurzlebigen Konsum und eine gewisse Asymmetrie der Geschlechter.¹⁰⁴ Mit dem seit mehr als einem halben Jahrhundert laufenden Strukturwandel, der Rationalisierung (Loslösung von der «natürlich vorgegebenen» Funktion), Fragmentierung, Vervielfältigung und Kommerzialisierung der Sexualität, ist eine Art «Banalisation des Sexuellen» entstanden und Sexualität weitgehend selbstverständlich geworden.¹⁰⁵ Die Illusion, die illusionäre Hoffnung, dauerhafte und leidenschaftliche Liebe und Sexualität in der Partnerschaft, wird kaum mehr ertragen, und es wird getrennt.¹⁰⁶ Zweifel, aufgepeitschte Sinne, verstärktes und abgespeistes Verlangen, enttäuschte Liebe, Impotenz, Lustlosigkeit, Sehnsucht, Süchte, Ängste, Schuld, Einsamkeit...¹⁰⁷

Fragen um Fragen: Was bedeutet die «klassische Partnerschaft»? Welches sind alternative Beziehungsformen? Mit einer oder mehreren Personen? Mit oder ohne Liebe? Mit oder ohne Sex? Auf Dauer oder nur für kurze Zeit oder einfach nur punktuell (neudeutsch: *Situationship*)? Und zudem: Tinder, Grindr, Bumble, Romeo *et cetera*: Was gilt? Was gilt nicht? Was will ich? Wie verhalte ich mich korrekt beim *swipen*, oder wenn es *matched*, was schreibe ich, lasse ich alles einmal offen, unverbindlich oder lass es im Sand verlaufen oder *ghoste* ich gleich, und dann – sollte es überhaupt dazu kommen – beim *daten* oder beim *Casting*,¹⁰⁸ was sage ich, wie geht es weiter? Wie frei und selbstbestimmt sind wir wirklich, wie sieht die sexuelle Freiheit aus? Es trifft wohl zu: wir sind freie Unfreie.¹⁰⁹ Die letzten «sexualmoralischen Grundpfeiler» Monogamie, Heterosexualität [und vielleicht auch -normativität] und Dauerhaftigkeit¹¹⁰ schienen genauso in ihren Grundfesten am Bröckeln zu sein.

¹⁰² ILLOUZ Liebe, S. 267, wonach die Freiheit, sich jederzeit aus einer Beziehung zurückziehen zu können, die Zukunft zum Problem werden lässt; SCHMIDT Grosse, S. 71, ein Auseinandergehen, bevor man aufeinander zugeht.

¹⁰³ Zum Ganzen SCHMIDT Grosse, S. 67 ff.

¹⁰⁴ ILLOUZ Liebe, S. 103.

¹⁰⁵ SIGUSCH Neosexualitäten, S. 40, gl.M. LEMBKE, S. 20, wonach Sexualität zwar freier, aber auch langweiliger, pluralistischer und unübersichtlicher geworden ist

¹⁰⁶ SCHMIDT Grosse, S. 67, 71; DANNECKER Ordnung, S. 7, wonach die Ehe von der Erwartungstrias Liebe, Sexualität und Dauer durchzogen ist.

¹⁰⁷ SIGUSCH Suche, S. 9 f.

¹⁰⁸ Ein bewusst kurz gehaltenes Treffen, um zu schauen, ob es für ein nächstes längeres Treffen passt bzw. *matched*; ein Begriff, den der Autor im Rahmen dieser Schrift kennengelernt hat.

¹⁰⁹ SIGUSCH Neosexualitäten, S. 9.

¹¹⁰ Brockhaus Enzyklopädie, 20. Band, S. 181.

«Zwischen den allumfassenden Wünschen und deren dürftiger Befriedigung gähnt nach wie vor ein Abgrund, der nur pro forma zu überbrücken ist.»¹¹¹

Nun: Wir haben zahllose Geschichten und Geschichten gelesen, erlebt und wohl verstanden. Sexualität und damit verbunden Partnerschaften und Ehen haben sich gewandelt; von etwas, das die Gesellschaft und der Staat als Existenzberechtigung brauchen hin zu etwas Persönlichem, Individuellem. Was sind Sexualitäten und damit unzweifelhaft verbunden Partnerschaften und Ehen heute noch? Welchen Zweck, Funktion, Aufgaben, Wert(e) *et cetera* haben sie überhaupt noch? All diese Fragen sollen hier bewusst offenbleiben, zumal diese vorliegende Schrift primär den geschichtlichen Aspekt im Fokus hat. Aber im Gefolge der fortschreitenden technologischen, digitalen und gesellschaftlichen Entwicklungen werden sich diese Fragen immer wieder neu stellen und rufen nach gründlichen, wissenschaftlichen Untersuchungen. Zusammengefasst müssen alle Individuen, die Gesellschaft, die Sexualwissenschaft lernen mit all diesen extremen Widersprüchlichkeiten der Sexualität umzugehen. Die Grundlagen, Inhalte, Ziele, Folgen, Aspekte sind vornehmlich biologisch determiniert, aber – und das ist das Wesentliche – sie können und werden sich laufend ändern. Sexualität hat eine enorme Breite von Asexualität oder totaler Enthaltbarkeit bis hin zur sexuellen Hypertrophie, von freier Verfügbarkeit bis hin zur süchtigen Abhängigkeit. All dies für die Realisierung eines Kinderwunsches, Befriedigung oder Befriedung, das individuelle oder gemeinsame Glück, die Gesundheit oder Krankheit, aus Spass, Freude, Unlust oder Unwille.¹¹² Sexualität ist schlicht unbestimmt Alles und doch Nichts. Sie ist aber nichts mehr als einfach nur menschlich.¹¹³

Wir befinden uns am Ende dieses Unterkapitels. Aber ein Ende der Geschichte der Sexualitäten gibt es nicht. Und die Geschichten über die Sexualitäten werden fortlaufend immer wieder neu geschrieben und weitererzählt.

2. Die Wissenschaften über das Sexuelle

In dieser zweifellos fragilen «neuen» Welt des Sexuellen taten und tun sich Kräfte, Mächte und Märkte auf, die versuchen, den Menschen aus diesem «Elend» herauszuführen. Denken wir beispielsweise an Partnervermittlung, Online-Dating-Plattformen, Single-Events, Sexual- und Paartherapien, Masterstudiengänge, Weiterbildungen, Fortbildungen, Kurse; die Liste liesse sich beliebig weiterführen. Es scheint, neben vielen anderen sollten auch die

¹¹¹ SIGUSCH Neosexualitäten, S. 10.

¹¹² ARESIN ET AL., S. 178.

¹¹³ In diesem Sinne auch LAUTMANN, S. 293.

Sexualwissenschaften als ordnendes Element aus dieser von Widersprüchen, Unklarheiten, Sinnlosigkeiten durchdrungene Sexualität herausfinden.¹¹⁴

2.1. Von den Anfängen und der Etablierung eines Forschungsgebietes

Die Wissenschaften des Sexuellen sind ein Kind der Aufklärung. Das religiöse Monopol – und wohl auch die naturrechtlichen Auffassungen – und damit die Deutungshoheit über das Geschlechtliche des Menschen wurde in Folge der Aufklärung aufgebrochen. Vernunft, kritisches Denken und naturwissenschaftliche Erkenntnisse eroberten das Feld der Wissenschaften.¹¹⁵ Bekanntlich war es ein Biologe, HENSCHEL, der diesem damals tückischen, rational nicht erfassbaren und von starken Affekten begleiteten Phänomen einen Namen gab. «Sexualität» existierte zuvor im Sinne eines theoretischen, zu erforschenden Gegenstands nicht.¹¹⁶

Am Anfang, die Sexualität als wissenschaftliches Objekt zu ergründen, stand die Medizin.¹¹⁷ Sexualwissenschaft war zunächst eine reine Sexualpathologie.¹¹⁸ Es gab zwar bereits im 18. Jahrhundert einzelne Publikationen, die sich wissenschaftlich mehr der «Sexualität» als der Arterhaltung widmeten und alles davon Abweichende ablehnten, doch es war das Werk VON KRAFFT-EBINGS 1882, das einen ersten Blick auf die Wirklichkeit freimachte. Er erkannte, dass Sexualität nicht nur der reinen Fortpflanzung diene, sondern vielmehr «höhere, edlere Gefühle weckt, die (...) eine Welt des Schönen, Erhabenen, Sittlichen erschliessen.»¹¹⁹ Bereits 1896 leistete der deutsche Arzt MAGNUS HIRSCHFELD einen wesentlichen Beitrag zur noch jungen Sexualwissenschaft, indem er sich kritisch der bis dahin einzig und allgemein anerkannten binären Geschlechterordnung mit ihrer «Lehre von den sexuellen Zwischenstufen» stellte.¹²⁰ Der deutsche Mediziner IWAN BLOCH erbrachte 1907 den Nachweis, dass viele sexuelle Abweichungen bei Naturvölkern vorkommen und keinen negativen Einfluss ausüben. Er war es auch, der sich mit Unterstützung weiterer Vorkämpfer der im Entstehen begriffenen Sexualforschung¹²¹ für die Etablierung einer Sexualwissenschaft stark machte und diesen Begriff als eigenständige Disziplin allgemein einführte (wenn auch primär aus sexualmedizinischer und -pathologischer Perspektive). Das Interesse der Wissenschaft wuchs, Sexualität vom pathologisierenden Blick zu befreien. Die beiden deutschen Ärzte HANS GIESE und EBERHARD SCHORSCH ermöglichten durch ihre Arbeiten einen

¹¹⁴ SIGUSCH Suche, S. 10.

¹¹⁵ AUER, S. 18.

¹¹⁶ SIGUSCH Kritik, S. 11.

¹¹⁷ Näheres zur Sexualmedizin DUNDE, S. 257 ff., und aus heutiger Sicht BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 2 ff.

¹¹⁸ ARESIN ET AL., S. 185.

¹¹⁹ VON KRAFFT-EBING, 1; siehe auch EDER, S. 148 f.

¹²⁰ Zur Frage der Geschlechtlichkeit, ihrer Unterschiedlichkeit und Gleichwertigkeit bereits WILHELM VON HUMBOLDT, siehe hierzu BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 60 ff.

¹²¹ Unter anderem SIGMUND FREUD, MAGNUS HIRSCHFELD.

wertfreieren Blick auf sexuelle Abweichungen. Zumal hauptsächlich Ärzte für die noch junge Wissenschaft zuständig waren, wurde diese noch weitestgehend entsprechend versachlicht. SIGMUND FREUD¹²² ermöglichte seinerseits mit den Grundlagen der Psychoanalyse den Blick auf die Fragen, wie es tatsächlich in der Wirklichkeit zugeht.¹²³ So erkannte er unter anderem die Ursprünge der Erwachsenensexualität in der frühkindlichen Entwicklung, wodurch er Sexualität weg vom rein genitalen Bereich hin zu einem indirekt körperlichen und sinnlichen Bereich verstand. FREUD interpretierte Sexualität als etwas Psychologisches und nicht Pathologisches. Sexualität wurde dadurch durch ihn neu bewertet und das Degenerationsmodell des 19. Jahrhunderts letztendlich überwunden. Das Zentrum der Sexualität war nunmehr die (psychische) Entwicklung des Menschen und sah darin ein zentrales Motiv menschlichen Erlebens. GUNTER SCHMIDT, deutscher Psychologe, klammerte seinerseits in seinen Arbeiten Sexualität von der psychischen Kategorie aus. Sexualität wurde auch als sozialer Tatbestand wahrgenommen. Sexuelle Erregung ist auch stark von äusserlichen Reizen abhängig. Der österreichische promovierte Arzt und Soziologe WILHELM REICH thematisierte die Befreiung der Sexualität aus den gesellschaftlichen Zwängen und trug entscheidend zum Liberalisierungsprozess bei; der deutsch-britische Soziologe NORBERT ELIAS machte die Sexualität zu einem geschichtlichen und kulturellen Produkt blinder Selbsteinschätzung als Ausfluss zunehmender Verflechtung auf gesellschaftlicher Ebene. Der einzelne Mensch geriet aus dieser soziologischen Betrachtung indes aus dem Blickfeld. Von der «äusseren Kontrolle» zu «inneren Moralvorstellungen»; zur Handlungsmaxime wurde nicht länger die Angst vor Bestrafung, sondern vor dem eigenen Gewissen. Der französische Soziologe MICHEL FOUCAULT leistete seinerseits mit seiner umfassenden Studie über die «Sexualität und Wahrheit», namentlich des ersten Bandes «Der Wille zum Wissen» (1979), Entscheidendes zum gesellschaftlichen Umgang mit Sexualität. Er argumentierte stark gegen die vorherrschende «Repressionsthese», wonach Sexualität zur Wahrung der bürgerlichen Gesellschaftsmacht unterdrückt wurde. Durch die Entfaltung und Differenzierung der Sexualverbote verwandelte sich Sexualität vermehrt zu einem Geheimnis schlechthin, über das ständig geredet und gemunkelt wurde. Mit seinem Konzept des Sexualitätsdispositivs sah er, dass mittels einer bestimmten Art über Sexualität zu sprechen, die «Diskursivierung des Sexes», zu einem eigentlichen Machtmechanismus avanciert. Mit anderen Worten: wer, wo und wie wird darüber gesprochen, aber genauso auch dass das Wissen darüber gesammelt, verbreitet und archiviert wird. Kurzum: Sexualität hat weit mehr als eine physiologische, psychologische sondern auch eine historische und gesellschaftliche Dimension.¹²⁴ – Diese

¹²² Erste Arbeiten seit 1882.

¹²³ Sie ausführlich QUINDEAU, S. 11 ff.

¹²⁴ Siehe auch TUIDER, S. 179, m.w.H.

primär theoretische Sexualwissenschaft wurde mit den Arbeiten der empirischen Sexualwissenschaft¹²⁵ durch den US-amerikanischen Zoologen ALFRED C. KINSEY wesentlich erweitert (sog. *KINSEY-Reports*). Im Rahmen seiner Untersuchungen mit rund 20'000 Befragten in den USA zwischen 1938 und 1953 zeichnete sich ein wesentlicher Umschwung ab. Er konnte sich Einblicke in das sexuelle Verhalten der Bevölkerung verschaffen, wozu er sich bemühte, die Reaktionen und Verhaltensweisen von der Kindheit bis ins hohe Alter zu erfassen. Die Ergebnisse offenbarten die grosse Diskrepanz zwischen den sexuellen Normvorstellungen und dem tatsächlichen sexuellen Verhalten (insbesondere homosexuelle Erfahrungen, aussereheliche Beziehungen, Masturbation). In der Folge wurden Kenntnisse über das sogenannte Sexualverhalten wesentlich erweitert und dadurch das ganze Spektrum der menschlichen Sexualität weiter erfasst. Der US-amerikanische Gynäkologe WILLIAM H. MASTERS und seine Wissenschaftsassistentin VIRGINIA E. JOHNSON untersuchten ihrerseits zum ersten Mal das sexuelle Verhalten von der ersten Erregung bis hin zum Orgasmus und dem Abklingen der Erregung. Sie konnten dadurch die sexuellen Reaktionen im Labor untersuchen und diesen Zyklus in vier Phasen unterteilen.¹²⁶

Vor dem Hintergrund der undefinierbarkeit und den Widersprüchlichkeiten gründete VOLKMAR SIGUSCH die kritische Sexualwissenschaft.¹²⁷ «Sexual-Wissenschaft muss definieren, was undefinierbar ist, muss Einheit schaffen, wo Widersprüche herrschen, muss auf unsere *raison d'être* ziehen, was sich dagegen sperrt.»¹²⁸ Die Sexualwissenschaft müsse, so SIGUSCH, die auseinandergefallenen und auch im Widerspruch stehenden Teile der Sexualität zusammen denken und wieder personifizieren. Sie sei ein Knotenpunkt von Sexuellem und von Kontrolle, von Individuum und der Gesellschaft, von Subjektivität und Intersubjektivität. Sie versucht, Persönliches, Zwischenmenschliches und Gesellschaftliches zusammenzudenken.¹²⁹ «Die sexuelle Frage» ist daher auch eine politische Frage. Sexualwissenschaft ist insofern auch politisch.¹³⁰ Die Sexologie muss sich daher etablieren, weil «in einem scheinbar rationalen Zeitalter spezielle Probleme von einer speziellen Wissenschaft zu lösen sind.» Sexologen und Sexologinnen können nur über etwas befinden, «was bereits zu einer bestimmten Zeit diskursiv hin und her erörtert worden ist, und das auch nur entlang der

¹²⁵ Zu weiteren empirischen Forschungen siehe STUMPE, S. 307 f., 313 f. sowie MATTHIESEN SILJA/PIETRAS LAURA, Was erzählen uns Zahlen über Sexualität?, Kontinuität und Wandel in der empirischen quantitativen Sexualforschung, in: VOSS, a.a.O., S. 101–121.

¹²⁶ Zum Ganzen KENTLER Taschenlexikon, S. 139 f., 226 f., 251 f., 261 f.; ARESIN ET AL., S. 185; DUNDE, S. 285 ff., BORNEMANN, S. 778, Brockhaus Enzyklopädie, 20. Band, S. 181, und zu weiteren Persönlichkeiten BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 65; siehe auch die jüngeren Entwicklungen im deutschsprachigen Raum Zivilorganisationen, WELLER, S. 453 ff.

¹²⁷ Die Anwendung kritischer Prinzipien auf die Sexualforschung im Sinne der Kritischen Theorie, siehe BORNEMANN, S. 778,

¹²⁸ SIGUSCH Kritik, S. 29, Hervorhebung im Original.

¹²⁹ Kritisch dazu DUNDE, S. 289.

¹³⁰ DUNDE, S. 289, SIGUSCH Suche, S. 10 f.

epistemischen, ökonomischen und objektivalen Strukturen, die allgemein sind.» Ihnen wird damit auch ermöglicht, persönliche Wertentscheidungen zu treffen, die sich bestimmten Diskursen verweigern.¹³¹

Das dürfte beispielsweise für die bis anhin fehlende vertiefte Debatte in der rechtswissenschaftlichen Doktrin gelten. Zwar wurde im Rahmen der jüngsten Sexualstrafrechtsreform in der Schweiz auf gesellschaftliche Debatten Bezug genommen, gerade was die Frage des Konsenses angeht, es fehlt aber – soweit ersichtlich – eine vertiefte Auseinandersetzung mit der sexualwissenschaftlichen Lehre.¹³² Dasselbe gilt umso mehr für das Familienrecht, das – wir werden darauf eingehen – sich im Geist einer Debatte verschliesst. Für die Wissenschaft der Sexualität als Praxis heisst dies ihrerseits, diese Wechselwirkung zwischen Natur und Kultur ernst zu nehmen, empirisch kritisch zu forschen und weniger nach dem Warum, sondern mehr nach dem Wie dieser Verschränkung auf den Grund zu gehen.¹³³ Sexualwissenschaft scheint sehr wohl aus diesen sexuellen Dilemmata herausführen zu müssen – und vielleicht auch zu können. Dies wohl auch schon im Sinne MINELLIS: Die Sexualwissenschaft als auch die Gesellschaftslehre wären in der Lage zu beweisen, dass es vor allem sexuelle Frustrationen sind, die (auch heute noch) unsere Gesellschaft in einem ungeheuren Ausmass neurotisieren.¹³⁴

2.2. Sexualwissenschaften heute

Wenn wir davon ausgehen, dass der Kern der Wissenschaft das Bedürfnis des Menschen ist, Neues zu entdecken, Neues zu erfahren, zu verstehen, zu erklären, zu bestätigen, schlicht Wissen zu schaffen, so fragt sich, ob sich Sexualität des Menschen wissenschaftlich dahingehend abschliessend erfassen lässt, zumal – wie wir gesehen haben – Sexualität vielmehr mit subjektiven, innersubjektiven, aber auch intersubjektiven und objektiven Zusammenhängen zu tun hat, wobei es um etwas Spürbares, Fühlendes, Handelndes und Wissendes geht, das nur dem einzelnen Menschen eigen ist, dann vermag die *Sexologie*, die *lógos* des *sexus*, also die Logik des Geschlechts, die Vernunft oder auch schlicht die Wirklichkeit und Wahrhaftigkeit, überhaupt diese menschliche Erscheinung zu erfassen? Einen Versuch ist es allemal wert! Denn die Veränderungen blieben und bleiben, das Individuum blieb und bleibt relevant, und der gesellschaftliche, auch der «kapitalistische» Rahmen blieben und bleiben

¹³¹ SIGUSCH Suche, ebd.

¹³² Siehe den Beizug der Experten und Expertinnen im Rahmen der Ausarbeitung des Vorentwurfs zum revidierten Sexualstrafrecht sowie den einzigen Hinweis auf die gesellschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte, Bericht Revision Sexualstrafrecht, S. 10, 13.

¹³³ DEKKER, S. 42, gl.M. BEIER/BOSINSKI/LOEWIT, S. 43, ARESIN ET AL., S. 60.

¹³⁴ MINELLI, S. 10.

(voraussichtlich) erhalten. Auch die gesellschaftlichen Debatten, ja mitunter selbst diese Widersprüchlichkeiten der Sexualität verlangen eine wissenschaftliche Auseinandersetzung.¹³⁵

Die (theoretische, empirische und kritische) Wissenschaft über die menschliche Sexualität ist eine nicht in sich geschlossene Disziplin. Sie umfasst vielmehr Bereiche mehrerer Fachrichtungen; ausgehend von der Biologie über die Medizin und Psychologie widmen sich insbesondere auch die Soziologie, Philosophie, Geschichte, Ethnologie, Anthropologie und Pädagogik, Kunst- und Kulturwissenschaft sowie Theologie diversen Aspekten der Sexualität und dem diesbezüglichen Umgang des Menschen diesem Thema. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich, wie wir später sehen werden, nur implizit und am Rande damit; steckt vielmehr den normativen Rahmen ab. Während in den Anfängen der Sexualwissenschaft vielmehr die Pathologie – Trennung von Normalem und Anormalen¹³⁶ – im Vordergrund stand, rückte mehr und mehr der Mensch, seine eigene Entwicklung, und sein Umfeld sowie die ganze Gesellschaft um ihn herum und als solche in den Vordergrund.¹³⁷ Zum Wesen der Sexologie gehört, dass sie Erkenntnisse aus den einzelnen Fachbereichen berücksichtigt und in einen Gesamtzusammenhang zu stellen versucht. Zwar spricht die Sexualwissenschaft über denselben Gegenstand – die Sexualität der Menschen –, doch jede einzelne Disziplin geht von einer anderen Begriffsbestimmung aus.

Sexologie, Sexualwissenschaft, Sexualforschung befassen sich aus unterschiedlichen Richtungen mit den Aspekten der menschlichen Sexualität. So weit sind sich die meisten einig. Die unterschiedlichen Richtungen bzw. Betrachtungsweisen der involvierten Wissenschaftsdisziplinen führen zu einem integrativen Charakter dieser speziellen Wissenschaft und verhelfen ihr so zu differenten Grunddeutungen, Annahmen, Theorien, Beobachtungen und Bewertungen. Man muss diese unterschiedlichen Ansätze und Herangehensweisen gleichwertig nebeneinander gelten lassen und so in ein Gesamtkonzept einbetten, um den unterschiedlichen Aspekten gerecht zu werden. Kaum diskutiert – vielleicht in gewisser Weise die kritische Sexualwissenschaft reflektierend – wird über die metasexologische Perspektive. Und dennoch: der einzelwissenschaftliche Blick auf die menschliche Sexualität muss sich über seine eigenen Grundlagen, Herangehensweisen, Deutungen und Bewertungen klar werden.¹³⁸ Das führt zur Frage, ob die Sexualwissenschaft/en im Singular oder sogar im Plural zu verstehen ist bzw. sind. Zumindest die angewandte Sexualwissenschaft scheint nach jüngster Auffassung als einzelne, eigene Disziplin verstanden zu werden. Sie will als eine angewandte Sexualwissenschaft im Singular zu verstehen sein, «eine gut verschränkte

¹³⁵ VOSS, S. 13 f.

¹³⁶ Insbesondere und für die Schweiz und das Sexualstrafrecht nicht unwesentlich.

¹³⁷ ARESIN ET AL., S. 185.

¹³⁸ LAUTMANN, S. 296.

Interdisziplinarität, was produktive Reibung verschiedener disziplinärer Perspektiven einschliesst.»¹³⁹ Der Sexualwissenschaftler oder die Sexualwissenschaftlerin ist aber keine Person mit multipler Persönlichkeit. Sie ist vielmehr eine, die ihre akademische Herkunft in einer bestimmten Disziplin hat und aus dieser Perspektive heraus an das Sexuelle herangeht. Sie muss aber auch über ihren Tellerrand hinausschauen, einen wissenschaftlichen Diskurs pflegen und zulassen und offen für Reibungen sein.¹⁴⁰ Die Sexualwissenschaft hat trotz verschiedensten Quellen ein ganzheitliches Verständnis und wird aus «unterschiedlichen Fraktionen»¹⁴¹ gespeist.¹⁴²

So schwierig wie sie tatsächlich ist,¹⁴³ liegt die Herausforderung der theoretischen Reflexion der Sexualwissenschaft im Methodischen: «Alle tiefgehenden Reflexionen über das Sexuelle und die Sexualität sperren sich gegen die Definition der ihnen zugrundeliegenden Begriffe. Das hängt damit zusammen, dass wirklich interessante Reflexionen über Sexualität bewusst oder unbewusst von den Vorstellungen über das Sexuelle geleitet werden, die derjenige hat, der über das Schicksal der Sexualität spricht.» Mehr noch, die Theorien der Sexualität sind genauso von der Handschrift des einzelnen Sexualwissenschaftlers oder der einzelnen Sexualwissenschaftlerin durchdrungen, genauso aber auch die *Sexualgeschichten* mit der ständigen Bewegung des Sexuellen, insbesondere an der Ehe.¹⁴⁴ Das gilt namentlich auch für die heute breit diskutierten *cultural turns* und *performative turns* hinsichtlich der Fragen über die Geschlechterordnung, den Körper und das Geschlecht. Gerade in diesem stark gesellschaftlich, juristisch und politischen diskursiven Ringen um Normalität, sei «Sexualwissenschaft einer jener Referenzpunkte medizinischer, juristischer und sozialer Massnahmen, der mit Normalisierungsmacht ausgestattet agiert». All diese Realien der Gesellschaft, Wirtschaft und des individuellen Lebens wirken auf die Diskurse und diese Diskurse wirken in die sozialen Wirklichkeiten hinein. Die Sexualwissenschaften, ob theoretisch kritisch oder empirisch, werden beeinflusst von ihren zeitgenössischen Sichtweisen. Heute und morgen sind sie Teil des normativ schattierten Diskurses. Sie sind infolgedessen auch klar als «fachpolitisch agierende Disziplin» zu verstehen.¹⁴⁵

An dieser Stelle sei ein wichtiger Hinweis angebracht. Die Sexualwissenschaften setzen sich mit einer menschlichen Tatsache und Erscheinung auseinander, welche nicht nur höchstindividuell, sondern auch höchstvulnerabel ist; namentlich, wenn es sich um die Entwicklung

¹³⁹ WELLER, S. 450 f.

¹⁴⁰ WELLER, S. 452.

¹⁴¹ STUMPE, S. 303.

¹⁴² VOSS, S. 16.

¹⁴³ SIGUSCH Suche, S. 10.

¹⁴⁴ DANNECKER Ordnung, S. 1, 5 ff.

¹⁴⁵ BUSCH, S. 146 f.

kindlicher und jugendlicher Sexualitäten handelt. Jede Wissenschaft, die in Zusammenhang mit Sozialem und Menschen steht, sieht sich stets in der Wahrheit und Aufrichtigkeit im zeitgenössischen Kontext. Wie die Geschichtswissenschaften oder Sozialwissenschaften zu einem späteren Zeitpunkt über das Schaffen der früheren Forschungstätigkeiten urteilen mag zu einem anderen Ergebnis von Erkenntnis und Aufrichtigkeit kommen. Nach öffentlichem Druck wurden die wissenschaftlichen und praktischen Tätigkeiten des hier vielzitierten und damals angesehenen Psychologen, Pädagogen und Sexualwissenschaftlers HELMUT KENTLER mehrfach kritisch untersucht (sog. KENTLER-Experimente). Der jüngste Bericht kam zum Schluss, dass ein Netzwerk aus verschiedenen Akteuren der Wissenschaft, Kinder- und Jugendhilfe sexualisierte Gewalt an Kindern oder Jugendlichen ausübten, duldeten oder wohlwissend darüber hinwegsahen. Dieses Netzwerk zog sich durch die Institutionen, Behörden, Hochschulen, Forschungseinrichtungen sowie Bildungs- und Ausbildungsstätte.¹⁴⁶ Dieses Beispiel zeigt: Die Sexualwissenschaft ist Teil einer Gesellschaft und ein Kind ihrer Zeit. Gerade weil das Forschungsgebiet ein höchst anfälliges Gebiet ist, hat sich diese Wissenschaft auch stets selbstkritisch mit sich auseinandersetzen. Die hier zitierten Quellenverweise stehen in keinem Zusammenhang mit teils als verwerflich einzustufenden sexualpädagogischen Auffassungen.

3. Zusammenfassung und Würdigung

Sexualität ist bei weitem mehr als nur das, was mit dem Geschlecht zu tun hat. Wir müssen erkennen und akzeptieren, dass es «unmöglich» ist, Sexualität zu definieren. Das Sexuelle des Menschen ist ein komplexes Geflecht, das immer wieder neu gewoben wird. Der fragmentarische Charakter der Sexualitäten im Sinne einer ganzheitlichen unvollkommenen Erscheinung des Menschen macht es nicht leicht, diese individuellen Lebensäußerungen und Wahrnehmungen objektiv zu erfassen, geschweige denn zu begreifen. Die Sexualwissenschaften sollen, können und müssen sich abstützen auf die Beiträge der verschiedenen beteiligten Disziplinen, die ein gültiges Gesamtbild erarbeiten. Kurz: Das Menschliche zwischen Natur und Kultur soll als Menschliches stehen bleiben, es gilt wissenschaftlich nüchtern und unvoreingenommen zu beobachten, ohne zu bewerten, aber auch politisch eine Perspektive einzunehmen, um im Ganzen – individuell und gesellschaftlich – eine Sinnhaftigkeit zu ermöglichen, die die ungeheure Komplexität menschlichen Verhaltens, menschlicher Verhaltenssteuerung und menschlicher Interaktion respektiert als *conditio sine qua non*. Der Sexologe und die Sexologin, unabhängig ihrer akademischen Herkunft, müssen offen,

¹⁴⁶ Zum Ganzen BAADER MEIKE S. ET AL., Ergebnisbericht «Helmut Kentlers Wirken in der Berliner Kinder- und Jugendhilfe – Aufarbeitung der organisationalen Verfahren und Verantwortung des Berliner Landesjugendamtes», Hildesheim 2024, S. 11.

bereit und neugierig für das Wandelnde und das Wahrhafte und Tatsächliche im Menschen sein.

Teil II: Zum Recht und dessen Versuch, die Verhältnisse der Menschen zu ordnen

«Jede Gesetzgebung tritt der Natur der Sache gemäss mit dem Anspruche auf, für eine Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes gehalten zu werden. Sie will den Anforderungen der Zeit genügen. Sie will aber auch über der augenblicklichen Strömung nicht das vorhandene Gute im Rechtsbestande preisgeben. Sie sucht es vor Gefahren zu bewahren. Sie tritt also dem geltenden Rechte, sei es abändernd, sei es bestätigend und befestigend gegenüber. In allem aber lässt sie sich von der Anschauung dessen leiten, was im Augenblicke auf das, was Recht sein sollte, zur gegebenen Stunde erreichbar erscheint.»¹⁴⁷

Wenden wir uns nunmehr dem zweiten Teil zu: dem Recht und welcher Idee es zu dienen hat.

Bei diesem Thema zeigt sich, dass sich – abgesehen vom (Sexual-)Strafrecht – die (Familien-)Rechtsordnung auf den ersten Blick bis heute ziemlich schwertat (und immer noch tut), das Thema der Sexualität zu behandeln, geschweige denn ausdrücklich zu erwähnen.¹⁴⁸ Wir fokussieren im Folgenden primär und im Allgemeinen auf das Recht als Begriff und dessen Aufgaben aus einer philosophischen und historischen Warte. Anschliessend wird das Familienrecht vorgestellt, dies vor dem Hintergrund seiner Geschichte, den gesetzgeberischen Prinzipien und insbesondere unter dem Blickwinkel der zentralen Fragestellungen, nämlich wie sich das Recht im Zusammenhang mit der Geschichte und den Geschichten der Sexualität (mit)entwickelt hat – oder auch nicht – und weshalb, mit welchen Argumenten und aus welchen offenen oder verborgenen Gründen. Oder zugespitzt formuliert: Wie sexuell «enthaltsam» waren und sind der Staat und das Recht?

1. Das Recht und die Ordnung

Was ist nun «*das Recht*», mit dem sich der Jurist oder die Juristin herumschlägt? Es ist weit mehr als das, was in der Alltagssprache und selbst von den meisten Juristen und Juristinnen verstanden wird.

¹⁴⁷ HUBER Erläuterungen 1914, S. 3.

¹⁴⁸ Beispielhaft LEMBKE, S. 13, HOLZLEITHNER, S. 45, ZINSMEISTER, S. 72 f., HEIDERHOFF, S. 117 f., PLETT, S. 65, ZIEGLER, S. 649, GRAUPNER, S. 169, implizit DUNDE S. 23, 270; a.A. BADER, S. 14, wonach es Sexualität als rechtliches Phänomen nicht gibt.

Auf die Gerechtigkeit ausgerichtet

Wird Recht, wie vom deutschen und einem der einflussreichsten Rechtsphilosophen des vergangenen Jahrhunderts GUSTAV RADBRUCH, als *Kulturbegriff* verstanden, eines als einer wertbezogenen Wirklichkeit,¹⁴⁹ die einem Wert dient, so ist Recht «die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.»¹⁵⁰ Und die Idee des Rechts kann nur die Gerechtigkeit sein. Sie gilt, wie das Gute, das Wahre oder das Schöne als absoluter Wert. Gerecht können dabei nur die Beziehungen zwischen Menschen sein. Der Wert liegt allein in diesen Beziehungen. Das Ideal der Gerechtigkeit erklärt sich somit in der idealen Gesellschaftsordnung.¹⁵¹ Und die Anordnung ist die im gleichen Verhältnis zur Rechtsidee entsprechende Tatsächlichkeit. Sie ist «eine speziell auf die Rechtsidee, die Gerechtigkeit, bezogene Wirklichkeit, teilt aber ferner mit der Gerechtigkeit den Gegenstand, auf den sie sich bezieht: das Verhältnis der Menschen zueinander: sie hat sozialen Charakter.»¹⁵² Die rechtliche Anordnung ist also positiver, normativer, sozialer und genereller Natur, weshalb Recht der Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben ist.¹⁵³

Es geht dem Recht also um die Gerechtigkeit als solches und um ein gerechtes, gleichmäßiges, «richtiges» Zusammenleben der Menschen.

Nach PLATONS *Politeia* ist die Gerechtigkeit eine von vier Kardinaltugenden neben der Besonnenheit, Tapferkeit und Weisheit, mithin deren höchste aufgrund ihrer *Ordnungsaufgabe*. Ihre Aufgabe besteht aber nicht nur in der sozialen Ordnung, sondern auch der Ordnung der einzelnen «Seelen». Jede Seele, jeder Seelenteil, erfüllt eine ihr oder ihm gebührende Funktion; «jedem das Seine»,¹⁵⁴ Aufgaben und Tätigkeiten. Auch das Gemeinwesen, die *Polis*, kann nur gerecht sein, wenn jede Person der Aufgabe nachgeht, die ihrer Begabung entspricht. Damit sorgt die Gerechtigkeit für eine Gesamtordnung. PLATON geht es auch darum, dass die Gerechtigkeit säkular ist, also ohne religiöse, göttliche Verbindlichkeit. Ihre metaphysische Rechtfertigung liegt daher in der Idee des Guten. Der Mensch per se – weder irgendein Mensch noch jedes Individuum – ist auf sich gestellt und übernimmt die Verantwortung für die Gerechtigkeit. Er muss sich selbst gerecht sein.¹⁵⁵ ARISTOTELES seinerseits unterscheidet und differenziert die Gerechtigkeit weiter aus. Die allgemeine Gerechtigkeit, die vollkommene Tugend ist eine umfassende Rechtschaffenheit. Dazu gehört unter anderem auch die Besonnenheit, die verbietet, die Ehe zu brechen. Er unterscheidet zwischen der

¹⁴⁹ RADBRUCH, S. 91.

¹⁵⁰ RADBRUCH, S. 119.

¹⁵¹ DERS., S. 119 f.

¹⁵² DERS., S. 124.

¹⁵³ Ebd.; siehe auch HONSELL/MEYER-MALY, § 10, S. 180.

¹⁵⁴ Lat. *suum cuique tribuere*: jedem das seine gewähren.

¹⁵⁵ HÖFFE, S. 20 ff.

besonderen Gerechtigkeit, in Bezug auf Ehre, Geld, Selbsterhaltung oder Macht; der ordnenden Gerechtigkeit, den Austausch betreffend, wie den Geschäftsverkehr oder das Privatrecht, sowie die korrektive Gerechtigkeit, den unfreiwilligen Austausch wie im Strafrecht. Die Gesamtheit ergibt ein horizontales Ordnungsgefüge: freie und gleiche Bürger (und Bürgerinnen), die ein Gemeinwesen bilden, in dem sie sich regieren und regieren lassen und dem Gemeinwohl dienen. Durch ihn wird unterschieden zwischen dem Natürlichen und Gesetzlichen (dem Naturrecht und dem positiven Recht), wonach sich letzteres durch die Übereinkunft und Ordnung auszeichnet.¹⁵⁶ Bezogen auf heute ist aber auch festzuhalten, dass Gerechtigkeit im Rahmen einer «Sozialmoral» bestimmte Bewertungen vornimmt. Doch die Gerechtigkeit kann den gesamten Bereich der Moral nicht abdecken, sondern nur die Rechtspflichten und die Rechtsmoral. «Als geschuldete Sozialmoral hat die Gerechtigkeit den Rang des elementar-höchsten Kriteriums allen Zusammenlebens».¹⁵⁷

Anders gefragt: Was macht das Recht aus, und auf welche Ziele hin ordnet das Recht? Es legt nicht jederzeit disponible Werte fest und ist ein Versuch des Ausgleichs zwischen Einzelnen und dem Gesamten und schafft hierfür Regeln für das Verhalten untereinander und verleiht diesen auch Durchsetzungskraft.¹⁵⁸ Eine gerechte Ordnung mag zwar nobel anmuten, vermag aber letztlich nicht das einzige Ziel zu sein.¹⁵⁹

Ein Versuch für ein gerechtes, richtiges und gleichmässiges Zusammenleben

Recht unterscheidet sich in drei Dimensionen: In dessen Positivität, Idealität und Faktizität. Positives Recht («positiv» nicht im Sinne von «gut», sondern [lat. *ponere*: setzen] im Sinne von das vom Menschen «gesetzte Recht») ist das, was als Recht gilt und tatsächlich Recht ist.¹⁶⁰ Es ist verbindlich und justiziabel, das heisst, es kann einem Gericht zur Entscheidung vorgelegt und danach durchgesetzt werden. Es gilt auch unabhängig davon, ob die Menschen davon überzeugt sind; mit anderen Worten kann Recht teilweise durchaus ungerecht oder unrichtig sein, stossend, unzeitgemäss oder sogar unsinnig empfunden werden. Aber es bleibt Recht. Es ist gerade eine der Aufgaben des Rechtsstaates, Widersprüche zwischen geltendem, also positivem Recht und den vorherrschenden Anschauungen über gerechtes und richtiges Recht möglichst in Grenzen zu halten. Hierfür wird das Recht in Form von «Gesetzesrecht»¹⁶¹ geschaffen. Das Recht hat zudem, zweitens, einem Ideal, in den Worten RADBRUCHS einer Idee, zu entsprechen. Gefolgt von den Fragen, was denn der Inhalt, die

¹⁵⁶ DERS., S. 22 ff.

¹⁵⁷ DERS., S. 29 f.

¹⁵⁸ BADER, S. 13; PLETT, S. 53

¹⁵⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 12, N 6.

¹⁶⁰ Zur philosophischen Kritik am Rechtspositivismus HÖFFE, S. 35 f.

¹⁶¹ Verfassung, Gesetz und Verordnung; zum Gesetzesrecht ausführlich FORSTMOSER/VOGT, § 13, N 21 ff.

Funktion des positiven Rechts sein soll. Die Rechtsphilosophie beleuchtet das Recht genau unter diesem Aspekt und fragt nach dem Wesen des Rechts, den Übereinstimmungen des geltenden Rechts auf die Idee und Ideale hin, weshalb eine Norm als Rechtssatz gilt und gelten soll.¹⁶² Diese Ideen und Ideale – namentlich Gerechtigkeit, Richtigkeit, Zweckmässigkeit – wirken sich also auch auf das positive Recht reziprok aus.¹⁶³ Das Ideal ist ein Ideal gerade für das Recht und auch für das Recht einer bestimmten Zeit, eines bestimmten Volkes, für bestimmte soziologische und historische Verhältnisse.¹⁶⁴ Der Rechtswissenschaft kommt hierbei genauso die Aufgabe zu, darauf hinzuweisen, wie künftiges Recht *de lege ferenda*¹⁶⁵ aussehen sollte, die richtige Regelung aus der «Natur der Sache» abzuleiten,¹⁶⁶ womit sie genauso rechtspolitische Überlegungen anstellt. Schliesslich, drittens, ist Recht auch etwas Tatsächliches, eine gesellschaftliche Realität. Das Recht ist Teil des sozialen Systems und sorgt damit für (Rechts-)Sicherheit, Stabilität, Verlässlichkeit, organisiert und kanalisiert Spannungen, die sich im Zusammenleben der Menschen ergeben können. Recht wird hierbei Bestandteil der rechtssoziologischen Betrachtung.¹⁶⁷

Das Recht bzw. die Rechtsordnung ist infolgedessen eine *normative Ordnung*, eine wertende Ordnung des Sollens, auf das Ziel des Ideals, der Idee ausgerichtet. Was *soll* für das Zusammenleben, ein geordnetes Leben der Menschen gelten? «Die Rechtsordnung will ordnend, gestaltend eingreifen, das Sozialleben nicht nur betrachten und ausdeuten, sondern auch steuern.»¹⁶⁸ Diese Ordnung ist aber auch gezeichnet durch die Wechselwirkung zwischen Faktischem – historischen, sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten – und Normativem, dem rechtlich geltenden. Letzteres wirkt sich auch genauso gestaltend auf die gesellschaftlichen Realitäten aus,¹⁶⁹ was zweifelsfrei ebenfalls für das Sexuelle gilt. Das Recht ist ferner eine *soziale Ordnung*. Es hat mitunter das gesellschaftliche Leben zum Gegenstand. Es soll damit soziales Verhalten der Menschen, das Zusammenleben ordnen. Es geht hier also genauso um den Menschen. Das positive Recht will demgemäss eine Ordnung schaffen, wie sie sein soll. Ob sie gerecht ist, ist eine andere Frage. Das Recht soll sich aber, wie bereits erwähnt, an die Ideale richten, die sich abhängig von Epoche, Staatsvolk und den sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen Verhältnissen stets ändern können. Das positive Recht kann daher zeitweise als ungerecht oder nicht zweckmässig empfunden werden, aber

¹⁶² DIES., § 5, N 52; HONSELL/MAYER-MALY, § 12, S. 267 f.

¹⁶³ Die «Stoffbestimmtheit der Idee» gemäss RADBRUCH, S. 94, wonach die Idee für einen bestimmten Stoff, das Recht, gilt und vom Recht selbst mitbestimmt ist.

¹⁶⁴ RADBRUCH, S. 94.

¹⁶⁵ Lat.: vom Standpunkt des zukünftigen Rechts aus.

¹⁶⁶ RADBRUCH, S. 94.

¹⁶⁷ Zum Ganzen FORSTMOSER/VOGT, § 4, N 3 ff.

¹⁶⁸ DIES., § 12, N 1.

¹⁶⁹ DIES., § 12, N 5.

die Rechtsordnung wird vor dem Hintergrund der Anordnung zu einer verbindlichen und auch erzwingbaren Ordnung, die mittels staatlichen Zwangs durchzusetzen ist. Gerade dadurch, dass das Recht durchzusetzen ist, ist es genauso eine *staatliche Ordnung*. Der Staat schafft das Recht, er wendet es an und setzt es durch. Diesbezüglich besteht ebenfalls eine Wechselwirkung. Der Staat setzt Recht und ist genauso an dieses gebunden. Für sein Tun und Handeln bedarf er deswegen einer gesetzlichen Grundlage und hat sich im Rahmen dieser Grundlage an das Recht zu halten. Das Recht, wie wir es heute kennen, ist schliesslich als solches auch religionsunabhängig, mithin eine *weltliche Ordnung*. Während Recht lange mit Religion, Sitte und Moral verbunden war, kam es spätestens seit der Französischen Revolution und der Aufklärung zur Trennung zwischen der geistlichen und weltlichen, säkularisierten Welt. Und trotz religionsunabhängigem Recht, wirken in dessen Ordnung vereinzelte christliche Grundwerte, Formen, Inhalte oder Begriffe bis heute nach (wie namentlich im Eherecht).¹⁷⁰ – Im staatlichen Gefüge herrscht namentlich für die Schweiz eine grundsätzlich liberale Rechtsvorstellung vor. Die Schweiz mit ihrer freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Grundordnung sichert Freiheitsbereiche durch die Gewährleistung von Grundrechten, die Trennung der Staatsgewalten sowie die Bindung aller staatlichen Gewalt an das Recht auf Stufe Bundesverfassung ab (Art. 5 BV). Damit soll im Grunde dem Einzelnen oder der Einzelnen Raum zur individuellen Entfaltung und Verwirklichung gegeben werden. Der liberale Geist steht im Zeichen der Freiheit im Privatrecht insbesondere im Abschluss von Verträgen oder in jener der Eigentumsdisposition.

Wachsende Strukturen

Das Recht wird herkömmlich in öffentliches und Privatrecht eingeteilt. Ganz allgemein gesprochen erfasst Ersteres das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat im Rahmen seiner Hoheitsgewalt und der Privatperson oder den Privatpersonen. Öffentliches Recht verfolgt öffentliche Interesse, solche, die über die privaten Interessen des Einzelnen oder der Einzelnen hinausgehen. Das Privatrecht demgegenüber regelt das Verhältnis zwischen Privaten; sie sind in der Ausgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse untereinander soweit autonom. Öffentliches Recht wird weitestgehend von zwingendem Normen beherrscht, das heisst, dieses gilt ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten und ist auch vom Staat selbst zu beachten. Dispositives Recht gilt dabei nur, wenn die Beteiligten nicht selbst eine Regelung aufstellen. Das gilt vornehmlich im Privatrecht.¹⁷¹ Die Rechtsordnung gilt sowohl für das Private als auch das öffentliche Recht (der Vollständigkeit halber auch für das Strafrecht im Sinne ihres fragmentarischen Charakters). Aber gerade in Bereichen, in denen die Vielfalt des Lebens –

¹⁷⁰ HONSELL/MAYER-MALY, § 8, S. 155 ff.

¹⁷¹ FORSTMOSER/VOGT, § 4, N 61 ff., N 113 ff.

die Lebenswirklichkeiten und Lebensstatsachen – durch starre gesetzliche Normen nicht «vernünftig» eingefangen werden können, ist der Rechtsidee (die von einer Regelfallgerechtigkeit ausgeht) und künftigen Entwicklungen durch eine vermehrte Einzelfallgerechtigkeit Rechnung zu tragen.¹⁷²

Das Recht und die rechtlichen Bestimmungen in der Verfassung, den Gesetzen oder Verordnungen sind nicht immer eindeutig und leicht verständlich. Durch Auslegung soll der Sinn, der Wesensinhalt einer Rechtsnorm ermittelt werden. Der Rechtssatz oder auch nur das einzelne Wort soll mithin im Kern verstanden werden. Es war historische Absicht beim Zivilgesetzbuch und im Familienrecht, ein in sprachlicher Hinsicht einfaches und volkstümliches Gesetz zu schaffen, das das Gericht fortzubilden hat.¹⁷³ Denn der Gesetzgeber hat nicht selten bewusst offene und vage Formulierungen gewählt, um der Praxis, also den rechtsanwendenden Behörden oder den Gerichten, den Entscheid über eine bestimmte Frage oder Konkretisierung einer Norm und deren Inhalt zu überlassen. Massgeblich ist stets der objektive Sinn der Norm, also unabhängig von den individuellen Ansichten im Gesetzgebungsprozess, und unabhängig von den Ansichten der von der in Frage stehenden Norm betroffenen Personen. Wesentlich ist bei der Auslegung zudem der Zeitpunkt, auf welchen abgestellt wird, wann der objektive Sinn massgebend ist, im Zeitpunkt der Schaffung der Norm oder heute. Zudem herrscht aktuell die Meinung vor, dass es um ein vermittelndes Verständnis zwischen der historischen Perspektive und dem Bedürfnis nach Fortentwicklung des Rechts geht.¹⁷⁴ Das Bundesgericht hält diesbezüglich in ständiger Rechtsprechung an folgender Formel fest: «Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen.»¹⁷⁵

Zusammengefasst ist das Recht die Gesamtheit der Normen (lat. *norma*: Regel, Vorschrift, Richtschnur), die das Verhalten und Zusammenleben der Menschen im Staat regelt. Diese Regeln werden vom Staat erlassen und durchgesetzt.¹⁷⁶ Die Lehre davon, die

¹⁷² Ausführlich zur Ausrichtung des Rechts auf die Billigkeit, DIES., § 12, N 142 ff.; RADBRUCH, S. 123, wonach Billigkeit die Gerechtigkeit des Einzelfalls ist; HÖFFE, S. 58 f.

¹⁷³ HUBER Memorial, S. 3, HUBER Erläuterungen 1893, S. 66 f., DERS. Erläuterungen 1914, S. 14 ff., DUNCKER, S. 189.

¹⁷⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19, N 2, N 17 ff.

¹⁷⁵ Statt vieler BGE 136 II 149 E. 3 S. 154 m.w.H.

¹⁷⁶ HONSELL/MAYER-MALY, § 1, S. 1; KENTLER Taschenlexikon, S. 185.

Rechtswissenschaft, beschäftigt sich mit dem geltenden Recht in seiner systematischen Ordnung und der Entwicklung von Begriffen Prinzipien, Regeln und Methoden der Auslegung und Anwendung des Rechts. Der Jurisprudenz – lat. *iuris prudentia*: die Klugheit des Rechts – geht es nicht um die Erkenntnis von Wahrheit, sondern vielmehr um die Überzeugung von Richtigkeit, Meinungen und Regeln, die sich die Mehrheit (in einer demokratischen Gesellschaft) angenommen haben.¹⁷⁷ Und der Jurist oder die Juristin, der oder die für die Zivilisation des 21. Jahrhunderts zu «den Selbstverständlichkeiten des gesellschaftlichen Zusammenlebens» gehören soll, hat sich also mit diesem Recht, das viel älter ist als er oder sie, auseinanderzusetzen.¹⁷⁸ Er oder sie hat sich dabei stets vor Augen zu führen, dass Recht und die Ordnung gewachsene Strukturen sind.¹⁷⁹

Recht, Moral und Sitte

Während (positives) Recht eine Norm bzw. Regel in Form von gesetztem, verbindlichem und durchsetzbarem Recht ist, unterscheidet es sich von der Moral dahingehend, dass diese vielmehr aus der Sitte, den Gewohnheiten, den Traditionen, religiösen Überzeugungen und zeitgenössischen Gesellschaftsbedingungen abgeleitet ist. Auch die Moral regelt das Handeln der Menschen, doch sie ist vielmehr ein inneres individuelles und gesellschaftliches Bewusstsein, das durch Werte, Ideale und Normen zum Verhalten und Handeln leitet. In Gestalt moralischer Eigenschaften existieren Tugenden, Gefühle und Verhalten des einzelnen Individuums als individuelle Moral. Die individuelle Moral einer Person weist stabile Strukturen auf, da in ihr durch Tradition, Erziehung, Selbsterziehung und persönlichen Erfahrungs- und Erlebensbereiche bedingte Wertorientierungen entscheidende Bedeutung erlangen.¹⁸⁰ Sitte und Sittlichkeit ihrerseits sind ebenfalls eine Verhaltensnorm, die das Leben und Handeln der Menschen beeinflussten und weiterhin beeinflussen. Diese Verhaltensnorm bezeichnet vornehmlich typische Besonderheiten und Umgangsformen einer Gesellschaft (sich zu grüssen, die Art zu essen, Hochzeiten zu feiern, Tote zu bestatten, sexuelle Gebote und Verbote). Althergebrachte Sitten können abgeschafft oder auch nur bewertet und mit neuen Inhalten gefüllt werden. Sitte und Sittlichkeit waren für den Staat und das Recht lange sehr bedeutsam, heute lässt sich indessen sagen, dass dem Staat und dem Recht nicht mehr zugestanden werden soll, über das sittliche Verhalten der Bevölkerung zu bestimmen und zu

¹⁷⁷ HONSELL/MAYER-MALY, § 1, 12 ff.

¹⁷⁸ DIES., § 2, S. 23 f.

¹⁷⁹ In diesem Sinne auch PLETT, S. 53.

¹⁸⁰ ARESIN ET AL., S. 133; KENTLER Taschenlexikon, S. 174; zur rechtsphilosophischen Betrachtung ausführlich RADBRUCH, S. 127 ff.

wachen. Sitte steht zum Recht und zur Moral in einem historischen Verhältnis, das heisst, sie ist eine Vorform. Aus der Sitte entstand Recht und Moral.¹⁸¹

Insgesamt handelt es sich bei Recht, Moral und Sitte allesamt um Normen aus sozialen Forderungen und persönlichen Möglichkeiten, die gegenwärtige Werte widerspiegeln und insofern Notwendiges, Wünschenswertes und Durchsetzbares konkretisieren. Eine Norm existiert an sich nicht (vgl. aber die positive Rechtsnorm). Denn die Norm «ist stets mit anderen gekoppelt und wird erst in Verbindung mit Einsichten in die gesellschaftlichen Beziehungen und Gesetze, in die Rolle von Interessen und Bedürfnissen, kurz, im Zusammenhang mit der eigenen Weltanschauung für eigenes und anderes Verhalten genutzt.»¹⁸² Wir wissen heute, dass das Sexualverhalten der Menschen nicht mehr allein von der Natur geregelt, sondern primär von den Sexualnormen bestimmt ist. Gerade hinsichtlich der hier interessierenden Thematik der Sexualität kann am Beispiel der KINSEY-Berichte auf den Wertewandel von Sexualnormen hingewiesen werden¹⁸³. ALFRED C. KINSEY konnte 1948 (betreffend der Männer) und 1953 (betreffend der Frauen) aufzeigen, dass das Sexualverhalten zwischen den Gesellschaftsschichten unterschiedlich normiert war und eine tiefe Kluft zwischen dem «sollenden» Verhalten und dem tatsächlichen «Ist»-Verhalten bestand. Die herrschenden Normen haben dadurch ihren Wesensgehalt gegenüber den Lebenswirklichkeiten weitgehend verloren. Infolgedessen wurden gewisse Verhaltensformen nicht mehr als unmoralisch oder krankhaft angesehen.¹⁸⁴ Die Rezeption der Berichte in der Schweiz setzte erst gegen Ende der 1960er-Jahre ein, wobei nur marginal. Der Umgang mit dem Sexualverhalten folgte erst im darauffolgenden Jahrzehnt.¹⁸⁵

Normen sind letztlich immer *Ideale und Werte* – oder im rechtsphilosophischen Sinn gemäss RADBRUCH Ideen –, indem sie Orientierung für etwas Erstrebenswertes ermöglichen und doch Bewertungen über das Zukünftige zum Ausdruck bringen wollen.¹⁸⁶ Aus diesem Grund muss neben der Rechtswissenschaft auch die Ethik zur Sexualität als wichtiges Element der Persönlichkeit Position beziehen. Denn auch sie «untersucht die dialektischen Beziehungen von Individuen und Gesellschaft in ihrer Bedeutung für das Sexualverhalten, den Normbildungsprozess und die mit Sachkenntnis getroffene freie und verantwortliche Entscheidung der sexuell agierenden Persönlichkeiten.»¹⁸⁷ Vor der Entwicklung und Verfestigung der

¹⁸¹ ARESIN ET AL., S. 186, KENTLER Taschenlexikon, S. 266, RADBRUCH, S. 136 ff., 139; zum Verhältnis Recht und Sitte sowie Recht und Sittlichkeit (Moral) ausführlich auch FORSTMOSER/VOGT, § 9 f.

¹⁸² ARESIN ET AL., S. 142;

¹⁸³ Siehe auch die Studie CLEMENTS.

¹⁸⁴ KENTLER Taschenlexikon, S. 140, 185 f.,

¹⁸⁵ RUCKSTUHL/RYSER, S. 149 ff.

¹⁸⁶ ARESIN ET AL., S. 95

¹⁸⁷ ARESIN ET AL., S. 57; gl.M. KENTLER Taschenlexikon, S. 74.

Grund- und Menschenrechte der vergangenen Jahrzehnte sind den traditionellen Ansichten über Sitte und Moral der Schutz und das Recht der Persönlichkeit und ihrer individuellen Entfaltung gleichberechtigt, wenn nicht übergeordnet, entgegengetreten.¹⁸⁸

2. Das Schweizerische Familienrecht. Die gesetzgeberischen Grundgedanken im Spiegel der Zeit

Das Schweizerische Familienrecht ist ein Bestandteil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und dieses Gesetzeswerk wiederum ein Teil des gesamten Privatrechts¹⁸⁹, das die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten normiert. Das Zivilgesetzbuch gliedert sich neben der Einleitung (Art. 1–10 ZGB) in vier Teile: Erster Teil Das Personenrecht (Art. 11–89c ZGB); Zweiter Teil Das Familienrecht (Art. 90–456 ZGB); Dritter Teil Das Erbrecht (Art. 457–640); Vierter Teil Das Sachenrecht (Art. 641–977 ZGB); und den Schlusstitel (zahlreiche Anwendungs- und Einführungsbestimmungen).

Mit 366 Gesetzesartikeln macht das Familienrecht den grössten Teil des ZGB aus, was nicht überrascht, wenn wir uns im Folgenden vergegenwärtigen, was der Staat und das Recht damit anstreben. Das Familienrecht seinerseits zerfällt in drei Abteilungen: Erste Abteilung Das Eherecht (Art. 90–251 ZGB); Zweite Abteilung Die Verwandtschaft (Art. 252–359 ZGB); Dritte Abteilung Der Erwachsenenschutz¹⁹⁰ (Art. 360–456 ZGB).

Widmen wir uns nun der Entstehungsgeschichte des Zivilgesetzbuches bzw. des Familienrechts und wenden uns anschliessend den drei Abteilungen zu. Dabei halten wir uns stets den Untersuchungsgegenstand vor Augen, wie das Familienrecht mit Sexualität im Laufe der Zeit umgegangen ist.

2.1. Die Entstehungsgeschichte und seine Fortentwicklungen

Die Vorgeschichte

Die Schweiz, wie wir sie heute kennen, wurde am 12. September 1848 «geboren», als die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Kraft trat. 1874 wurde die Verfassung totalrevidiert und hatte bis Ende 1999 Bestand. Die heute geltende Bundesverfassung vom 18. April 1999 ist seit dem 1. Januar 2000 in Kraft.

Mit der Bundesverfassung 1874 wurde die Schweiz in gewisser Hinsicht säkularisiert. Die Ausübung der Religion wurde verstanden als individuelle Freiheit der Bürgerinnen und Bürger, welche einzig ihre Schranke in der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten fand.

¹⁸⁸ ZIEGLER, S. 649.

¹⁸⁹ Dazu gehört unter anderem auch das Obligationenrecht (SR 220) als Fünfter Teil des ZGB oder das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SR 281.1)

¹⁹⁰ Bis Ende 2012 Die Vormundschaft; der Kinderschutz ist heute Bestandteil der Bestimmungen über die elterliche Sorge (Art. 307 ff. ZGB).

Diese Freiheit musste von der Bundesverfassung vor der kirchlichen Einflussphäre geschützt werden. Das galt besonders für die Ehe. Sie musste «als bürgerlicher Vertrag von jeder religiösen Ceremonie unabhängig gemacht werden».¹⁹¹ Art. 53 Abs. 1 aBV erklärte die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes zur Sache der bürgerlichen Behörden. Art. 54 Abs. 1 aBV stellte das Recht zur Ehe unter den Schutz des Bundes, welches nicht durch kirchliche Rücksichten beschränkt werden durfte. Und mit Art. 58 Abs. 2 aBV wurde die geistliche Gerichtsbarkeit abgeschafft. Gestützt auf diese Verfassungsgrundlagen schuf der Bund das «Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe (Vom 24. Christmonat 1874) [sic].» Mit diesem Erlass wurden die Grundsätze umgesetzt, welche die Bundesverfassung «zur Sicherung des Rechts zur Ehe [und] Beseitigung der Beschränkungen bürgerlicher Rechte durch kirchliche Vorschriften» aufgestellt haben.¹⁹² Das ZEG führte damit die obligatorische Zivilehe ein, wofür eine für alle verbindliche Form geschaffen und damit das Recht zur Eingehung überhaupt gesichert wurde.¹⁹³ Überdies – und dies war neu – regelte das ZEG einheitlich die Ehescheidung, im vollen Bewusstsein, dass sich das kirchliche und das bürgerliche Recht in diesem Punkt gänzlich unterscheiden. Der Bundesgesetzgeber hielt aber trotzdem an der kirchlichen Lehre der Ehe als ein lebenslängliches Bündnis fest, wonach der Staat diese Lehre «nicht nur gewähren lassen [muss], er soll sich sogar Glück wünschen zu dem Bundesgenossen, welcher in diesem Geiste für die Heiligkeit des Ehebündnisses einsteht [sic].»¹⁹⁴ Der religiöse Einfluss auf die Gesetzgebung hielt insofern weiter an.

Bereits nach dem Erlass des ZEG 1874 kamen erneut Bestrebungen auf, das gesamte Zivilrecht zu vereinheitlichen, wofür sich der Schweizerische Juristenverein bereit erklärte, entsprechende Vorarbeiten zu leisten. Diese standen vor dem Hintergrund mehrerer Kantone, die einer Vereinheitlichung positiv gegenüberstanden, diverser Anregungen aus Arbeitervereinen betreffend das Gewerberecht und Frauenvereine betreffend Reform der Rechtsstellung der ausserehelichen Kinder, des Eherechts und der Ehescheidung sowie Stimmen aus der wissenschaftlichen Lehre.¹⁹⁵ Der Bundesrat trieb entsprechend der Absicht, «durch Verbesserungen der Ordnungen im Familienrecht (...) *ideelle* Vorteile» zu erzielen,¹⁹⁶ die Privatrechtsvereinheitlichung voran. Die bis anhin auf wenige Bereiche beschränkte Gesetzgebungskompetenz des Bundes wurde 1898¹⁹⁷ schliesslich dahingehend erweitert, dass der

¹⁹¹ Botschaft aBV, S. 965 f.; siehe auch RUCKSTUHL/RYTEK, S. 57, wonach die liberalen staatliche Ansichten ein direkter Angriff auf die Kirche waren.

¹⁹² Botschaft Zivilstand, S. 1.

¹⁹³ Botschaft Zivilstand, S. 5, 11 ff.

¹⁹⁴ Botschaft Zivilstand, S. 17.

¹⁹⁵ Botschaft Rechtseinheit, S. 745 ff.; siehe ferner zu den Hintergründen RUCKSTUHL/RYTEK, S. 45 f.

¹⁹⁶ Botschaft Rechtseinheit, S. 766, Hervorhebung nur hier.

¹⁹⁷ Volksabstimmung vom 13. November 1898.

Bund «zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt» (Art. 64 Abs. 2 aBV) wurde. Damit wurde der Weg frei zu einer Kodifikation des Privatrechts und damit eines einheitlichen weltlichen Familienrechts für die ganze Schweiz.¹⁹⁸ Im selben Jahr, 1898, erhielt der Bund mit Art. 64^{bis} Abs. 1 aBV ebenfalls die Befugnis zur «Gesetzgebung im Gebiete des Strafrechts» und kodifizierte in der Folge das schweizerische Strafrecht zu einem einzigen Strafgesetzbuch.

Die drei «aufklärenden» Richtungen

Die Schweiz schlug schon seit Mitte des 17. Jahrhunderts politisch einen Sonderweg ein und stand zu keinem Zeitpunkt politisch und staatsrechtlich in einem Zusammenhang mit einem umliegenden Staat.¹⁹⁹ Das Privatrecht in der Schweiz bestand vor dem ZGB aus den unterschiedlichsten kantonalen Rechten, die sich aber jeweils an das französische Recht des *Code Napoléon* von 1804, das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 oder an das Privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich von 1853/55 lehnten.²⁰⁰ Der Zürcher Jurist und Rechtsprofessor EUGEN HUBER erhielt 1892 vom Bundesrat den «Auftrag zur Ausarbeitung des Entwurfs eines einheitlichen schweizerischen Civilgesetzbuches.»²⁰¹ Diese Vereinheitlichung verlangte daher einen Ausgleich zu schaffen zwischen den verschiedenen hergebrachten Rechtstraditionen in der Schweiz einerseits und die Bedürfnisse der Gegenwart und Zukunft andererseits zu berücksichtigen.²⁰² Bereits im Dezember 1893 lieferte HUBER dem Bundesrat den ersten Teilentwurf über die Wirkungen der Ehe ab.²⁰³ 1896 folgte der erste «Departementalentwurf» betreffend den Ersten und Zweiten Teil Das Personen- und Familienrecht.²⁰⁴ Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement veröffentlichte 1900 schliesslich den Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, gefolgt von den Erläuterungen HUBERS 1902 und 1914.

Das neu zu kodifizierende «moderne» Familienrecht stand vor den gesetzgeberischen Grundgedanken «nach drei Richtungen aufklären und in gewissem Sinne neuernd eingreifen» zu müssen.²⁰⁵ Diese drei Richtungen sind insbesondere vor dem Hintergrund der sozialen und ökonomischen Entwicklungen zur damaligen Zeit zu verstehen, die – wie wir vorne gesehen haben – einen wesentlichen Einfluss auf den einzelnen Menschen als auch auf die

¹⁹⁸ Botschaft ZGB, S. 1; im Übrigen ist vielmehr auf die Erläuterungen HUBERS abzustellen, die Botschaft äussert sich spärlich zu den Entwürfen der familienrechtlichen Bestimmungen; siehe auch in Kürze DUNCKER, S. 186 ff., f206.

¹⁹⁹ DUNCKER, S. 30 f.

²⁰⁰ DUNCKER, S. 186 f.

²⁰¹ HUBER Memorial, S. 1.

²⁰² HUBER Memorial, S. 2, 3, seine Überlegungen zum Vorgehen im Familienrecht siehe S. 9 ff.

²⁰³ Zweiter Teilentwurf betreffend Das Erbrecht 1895, Dritter Teilentwurf betreffend Das Grundpfand 1898, Vierter Teil betreffend Das Sachenrecht 1899.

²⁰⁴ 1899 betreffend den Vierten Teil Das Sachenrecht, 1900 betreffend den Dritten Teil Das Erbrecht.

²⁰⁵ HUBER Erläuterungen 1914, S. 101.

Familie hatten. Die eine Richtung musste dem ausgeprägten *Individualismus* des modernen Menschen Rechnung tragen, durch die freiere Stellung der Kinder und der Gleichstellung der Geschlechter. Die zweite – bis heute im Kern zentrale – Richtung galt der «Erhaltung der Familie in einer den neuen Verhältnissen entsprechenden Gestalt.»²⁰⁶ Das *Band der Familie* wurde auf den engsten Kreis der Familienangehörigen geknüpft. Die rechtliche Ehe wurde zu einem selbständigen Institut der Familie erhoben, «und nicht bloss ein Hilfsmittel zur Fortpflanzung der bestehenden Familie»; die Familie ihrerseits erfuhr «ihre Ordnung, im Verhältnis der Eltern und Kinder.»²⁰⁷ Die dritte Richtung galt dem *Schutz der Kinder und Schwachen*, durch die Hervorhebung der elterlichen Pflichten sowie einer Etablierung eines staatlichen Aufsichtsrechts.²⁰⁸

Der familienrechtlichen Ordnung lag damit der Gemeinschaftsgedanke, der Persönlichkeitsgedanke und die öffentliche Ordnung zu Grund.²⁰⁹ Das historische Familienrecht hatte insofern die Aufgabe, die von «zersetzenden Kräften» bedrohte (Klein-)Familie zu stärken und auf ihre natürlichen Gegebenheiten und unerlässlichen Aufgaben zurückzuführen: Die biologisch-natürliche Aufgabe, die Verbindung von Mann und Frau zum Erhalt des menschlichen Geschlechts, und die geistig-sittlichen Aufgabe, die Familie als «wertvollsten, wichtigsten Hort menschlicher Gesittung. Sie birgt in sich die engsten und innigsten menschlichen Gemeinschaften. Sie ist die Pflegstätte des Edelsinns, der Hilfsbereitschaft und Güte, der Born aller Sympathiegefühle.»²¹⁰

Genau diese (Klein-)Familie erfuhr durch die staatliche Ordnung ihren besonderen rechtlichen Schutz zu ihrer Erhaltung und Befestigung durch Verfassung und Gesetz.²¹¹ Charakteristisch für das historische Familienrecht war, dass familiäre Verhältnisse als «natürliche Verhältnisse» gewisse Regelungen schon in sich trugen. Sie empfangen sie durch Natur, Religion, Sitte und Moral, weshalb sich die rechtliche Ordnung nur soweit mit solchen Verhältnissen beschäftigt, als dazu ein Anlass vorlag.²¹² Das starke Interesse des Staates und der Allgemeinheit bewirkte, dass das Familienrecht über weite Strecken als zwingendes Recht aufgestellt wurde, weshalb die Familienordnung «der Willkür der Rechtsgenossen» zu entziehen war. Daher hatte sich die familienrechtliche Rechtsprechung bei der Anwendung und

²⁰⁶ Ebd.

²⁰⁷ HUBER Erläuterungen 1914, S. 103 a.E.; ARESIN ET AL., S. 60.

²⁰⁸ HUBER Erläuterungen 1914, S. 101 ff., GMÜR, N 12 ff. zu Vorbemerkungen zum zweiten Teil, GÖTZ, N 12 ff. zu Vorbemerkungen zum Familienrecht.

²⁰⁹ EGGER, N 16 ff. zu Einleitung Familienrecht.

²¹⁰ EGGER, N 3 ff. zu Einleitung Familienrecht.

²¹¹ KENTLER Taschenlexikon, S. 77, EGGER, N 8 a.E., 14 zu Einleitung Familienrecht, siehe auch zur historischen Funktion der Familie im herrschenden Vaterrecht BORNEMANN, S. 209.

²¹² GMÜR, N 9, 16 zu Vorbemerkungen zum zweiten Teil, GÖTZ, N 9, 16 zu Vorbemerkungen zum Familienrecht.

Auslegung stets im Einklang der Wertethik des Gesetzes an die Grundgedanken der Gemeinschaft, Persönlichkeit und öffentlichen Ordnung zu richten.²¹³ Der Einfluss naturrechtlicher Überlegungen und christlicher Werte tritt hier offensichtlich zutage.

Darüber hinaus gilt bis heute in Nachachtung des Grundsatzes des guten Glaubens (vgl. Art. 3 ZBG) und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit die Publizität der wichtigsten Vorgänge und Tatsachen familienrechtlicher Verhältnisse, wo immer Dritte daran interessiert sind: Das Zivilstandsregister.²¹⁴ Das starke Interesse des Staates liegt daher auch in der Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und der Ehe, was bereits mit dem ZEG bezweckt wurde. Der Zivilstand – der ontologische Zustand des Menschen aus seinem rechtlichen Zustand – verknüpft eine Person rechtlich mit ihrer Existenz, mit Raum, Herkunftsort und Familie, aus welcher sie stammt und welche sie weiterführt. Letzterer Verknüpfung liegen die Abstammung, der Vor- und Nachname, die Ehe und Nachkommenschaft zu Grunde. Der Ursprung der Zivilstandsbücher und -register liegt in der Kirche, wonach es den Priestern, also den Hirten, darum ging, ihre «Schäflein» und deren Einkommen zu kennen und zu berechnen. Die Führung von solchen Büchern und Registern ging aber weiter, und das Zivilstandswesen wurde mit dem ZEG säkularisiert.²¹⁵ Dem bürgerlichen Staat ging es insofern auch weiter einzig und allein darum, den bürgerlichen Stand und die Verwaltung der damit zusammenhängenden Einrichtungen zu beurkunden. Die Handlungen des bürgerlichen Lebens und die Ausübung der bürgerlichen und politischen Rechte mussten aber von der Kirche und Religion unabhängig gestellt werden. Aus diesem Grund wurden mit dem ZEG das Geburtenregister, das Totenregister und das Eheregister eingeführt. Die Register hielten diese Zivilstandereignisse fest und führten sie durch erfolgte Zivilstandänderungen laufend weiter. Der Sinn und Zweck der Regelung dauert bis heute fort. Das galt insbesondere für das Familienregister, worin die Ereignisse über den Zivilstand der Bürger und Bürgerinnen der Heimatgemeinde eingetragen wurden.²¹⁶ Von Staates wegen gilt also heute nach wie vor, dass der Staat seine «Schäflein» kennt.

Betrachten wir nun nach einem Überblick über die grossen Familienrechtsrevisionen und einem kleinen Exkurs anhand der drei «aufklärenden Richtungen» die drei Abteilungen des Familienrechts – Eherecht, Verwandtschaft, Vormundschaft. Namentlich fokussieren wir auf

²¹³ EGGER, N 29, 31, 35 zu Einleitung Familienrecht, GMÜR, N 17 zu Vorbemerkungen zum zweiten Teil, GÖTZ, N 10, 17 zu Vorbemerkungen zum Familienrecht; so auch HUBER Memorial, S. 144, wonach der Richter in Scheidungsfällen «nur von seiner sittlichen Überzeugung sich leiten lassen soll», er schützt und hütet den «Grundgedanken der Ehe, dem alle religiösen Bekenntnisse zustimmen: der Gebundenheit aus dem sittlichen Bewusstsein».

²¹⁴ GMÜR, N 21 zu Vorbemerkungen zum zweiten Teil, GÖTZ, N 21 zu Vorbemerkungen zum Familienrecht, EGGER, N 33 zu Einleitung Familienrecht; seit 2005 das Personenstandsregister (Infostar).

²¹⁵ Zu den Gründen siehe Botschaft aBV, S. 965 f., Botschaft Zivilstand, S. 1 ff.

²¹⁶ Zum Ganzen SCHÜPBACH, S. 1 ff., 7 ff., zum Familienregister, S. 51 ff.

das Recht, wie es sich im Zusammenhang mit der Sexualität entwickelt hat, falls es überhaupt einen solchen Zusammenhang gibt.

Die etappenweise Revision

65 Jahre lang blieb das Familienrecht des ZGB unverändert²¹⁷ und vermochte damit für eine langanhaltende Stabilität und Rechtssicherheit zu sorgen. Vor dem Hintergrund zahlreicher Anregungen aus dem Parlament und der Zivilgesellschaft wurden bereits Ende 1957 die ersten Überlegungen angestellt, und es begannen die Arbeiten für eine umfassendere Revision des Familienrechts.²¹⁸ Diese erfolgte schliesslich über mehrere Dekaden und in mehreren Etappen. Der Start erfolgte mit dem Recht über die Kindesannahme (Adoption).

Mit dem neuen Adoptionsrecht 1972 sollte familienlosen oder in unvollständigen Familien lebenden Kindern ein «bergendes Heim» in der Adoptivfamilie ermöglicht werden.²¹⁹ Denn – so der gesetzgeberische Gedanke – «das infolge ausserehelicher Geburt oder wegen Scheidung oder Todes der Eltern familienlose Kind ist in besonderem Masse gefährdet. (...) Die Allgemeinheit ist daher in hohem Masse an der sachgemässen Gestaltung [der Adoption] interessiert.»²²⁰ Mit dem gesetzlichen Bruch und Verschleiern jeglicher Beziehungen zur Herkunftsfamilie sollte die vollständige rechtliche und soziale Integration des schutzbedürftigen Kindes in die Adoptivfamilie ermöglicht werden. Dies stand auch vor dem Hintergrund der damals vorherrschenden gesellschaftlichen Strukturen und der Idealvorstellungen an die bürgerliche Kleinfamilie: die Einheit von Leib und Dach und Namen.²²¹

Mit der Revision des Kindesrechts 1976 wurde die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes und seiner Mutter verbessert. Das neue Recht rückte von der bisherigen Unterscheidung von ehelichen und ausserehelichen Kindern ab und stellte auf den Grundsatz der Einheit des Kindesverhältnisses ab. Die Ehe oder Nicht-Ehe der Eltern hatte damit keine Bedeutung mehr für die rechtliche Anerkennung des Kindesverhältnisses.²²² Der bisherigen Unterscheidung lag der ausgeprägte Gegensatz von Wert und Unwert zugrunde; Ehelichkeit war das der Ordnung Gemässe, Legitime, die Ausserehelichkeit die Verneinung der Ehelichkeit, das Irreguläre, Illegitime. Mitunter war die Unterscheidung auch bestrebt, die Ehe der Eltern zu stärken.²²³ Das Kindesrecht war indessen weiterhin davon geprägt, die Ehe von Vater und

²¹⁷ Einzig die Änderungen der aArt. 120–122 ZGB im Jahr 1952 im Zusammenhang mit dem Erlass des (alten) Bürgerrechtsgesetzes vom 29. September 1952 (AS 1952 1087).

²¹⁸ Zur Vorgeschichte siehe auch Botschaft Revision Adoptionsrecht I, S. 1201 ff., Botschaft Kindesverhältnis, S. 2 ff., Botschaft Scheidung, S. 3.

²¹⁹ Botschaft Revision Adoptionsrecht I, S. 1213.

²²⁰ Botschaft Revision Adoptionsrecht I, S. 1211.

²²¹ Ausführlich KÖRBER/STEINEGGER, S. 60 ff., 63, im Zusammenhang mit dem Adoptionsgeheimnis.

²²² Botschaft Kindesverhältnis, S. 20.

²²³ Botschaft Kindesverhältnis, S. 9; siehe auch KÖRBER/STEINEGGER, S. 74 ff.; und jüngst zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 5A_238/2023 vom 18. März 2024 E. 4.5.

Mutter als Erziehungsgemeinschaft in den Vordergrund zu stellen. Die Aufgabe, ein Kind selbständig und in Eigenverantwortung zu erziehen, war eine gemeinsame. Ein Kind braucht dafür Vater und Mutter.²²⁴ Aus diesem Grund wurde mit Art. 309 ZGB 1976 die «segensreiche» Norm geschaffen, dass einem Kind einer nicht verheirateten Frau ein Beistand zu bestellen war, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu sorgen und die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen hatte.²²⁵ Notabene: Diese Bevormundung nicht verheirateter Mütter blieb bis Ende Juni 2013 in Kraft.

1978 wurde das Familienrecht in Bezug auf die Fürsorgerische Freiheitsentziehung ergänzt,²²⁶ um den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention gerecht zu werden. Die jahrelange teilweise unrechtmässige und willkürliche Praxis der Fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen fand damit ihr Ende.

Eine zentrale Bedeutung in der Entwicklung des Familienrechts hatte die durchgreifende Revision des Eherechts 1984 an die gesellschaftlichen Verhältnisse, Anschauungen und geänderten Lebenswirklichkeiten.²²⁷ Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsgleichheit von Mann und Frau in Art. 4 aBV sowie der politischen Gleichberechtigung der Frau seit 1971²²⁸ sollte das «gleichberechtigte und gleichverpflichtende Zusammenwirken von Mann und Frau zum Wohle der Gemeinschaft» verwirklicht und diese eheliche Gemeinschaft als solches gestärkt werden. Der Revisionsbestrebung wohnte pathetisch formuliert «eine Fortentwicklung und Vollendung des Werkes [inne], das zu Beginn dieses Jahrhunderts vollbracht wurde.»²²⁹ Der Gesetzgeber anno 1984 hielt es derweil weiterhin für zentral, dass das Recht die Ehe nicht abschliessend regeln kann und will und er deswegen nur die wichtigsten und grundlegenden Punkte im Eherecht normiert. Denn: Die Ehe wird – so sie Botschaft des Bundesrates 1979 – weitgehend von den Geboten der Moral und Sitte bestimmt.²³⁰ Die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 5. Oktober 1994 wurde schliesslich in der

²²⁴ Botschaft Kindesverhältnis, S. 5, 7.

²²⁵ Botschaft Kindesverhältnis, S. 74, 82.

²²⁶ AS 1980 31.

²²⁷ Botschaft Ehewirkungen, S. 1192, 1202.

²²⁸ Die Schweiz hat das Frauenstimm- und Wahlrecht in eidgenössischen Angelegenheiten erst mit der Volksabstimmung vom 7. Februar 1971 eingeführt (621'109 Ja-Stimmen, 65,7 %, gegen 323'882 Nein-Stimmen, 34,3 %, und 14 3/2 Annehmende Stände gegen 5 3/2 Verwerfende Stände; bei einer Stimmbeteiligung von 57,72 %; BBl 1971 I 485).

²²⁹ Botschaft Ehewirkungen, S. 1192, 1205, 1240.

²³⁰ Botschaft Ehewirkungen, S. 1202.

Volksabstimmung vom 22. September 1985 angenommen.²³¹ – An dieser Stelle sei daran erinnert, dass dieses Eherecht und diese gesetzgeberischen Leitlinien im Kern bis heute gelten!

14 Jahre später, 1998, folgte die Totalrevision des Scheidungsrechts, welches sich den damaligen gesellschaftlichen Verhältnissen und Anschauungen annahm. Leitende Grundsätze waren unter anderem die Einführung der verschuldensunabhängigen Scheidung sowie die gesetzliche Verankerung der Scheidung auf gemeinsames Begehren. Die zunehmenden Scheidungszahlen standen vor dem Hintergrund «des Fehlens bzw. Abnehmens religiöser Bindungen, des angestiegenen materiellen Wohlstandes, der Emanzipation der Frau sowie des geänderten Sexualverhaltens.»^{232, 233} Der Gesetzgeber hatte auch einzusehen bzw. zu akzeptieren, dass die Erwartungen des historischen Gesetzgebers 1907 nicht mehr den aktuellen Lebensrealitäten entsprachen. Letzterer ging davon aus, dass als Scheidung in aller Regel ein Verschulden aus einem besonderen Grund²³⁴ vorgebracht und nur subsidiär auf die Generalklausel der tiefen Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse²³⁵ gegriffen würde.²³⁶ Dem Gesetzgeber 1984 war zwar bewusst, dass rechtliche Normen nur ein beschränkt taugliches Mittel sind, um enge und dauerhaft Beziehungen konstruktiv zu gestalten.²³⁷ Er behielt die gerichtliche Ehescheidung zwar bei (auch wenn die Ehe «nur» vor dem Zivilstandsbeamten oder der Zivilstandsbeamtin geschlossen wird²³⁸), erkannte aber zugleich, dass sich der Staat und das Recht aus dem Privat- und Intimbereich der Ehegatten zurückziehen und sich nicht in persönliche Verhältnisse einzumischen hatte, weshalb es ebenso angebracht ist, von der Frage des Verschuldens eines Ehegatten abzurücken.²³⁹ Das Referendum gegen die Gesetzesnovelle wurde zwar lanciert, kam aber nicht zustande.²⁴⁰

Die letzte vorgesehene Etappe der Revision des Familienrechts wurde 2008 mit der Totalrevision des seit 1912 praktisch unverändertem Vormundschaftsrechts und damit dem Erlass

²³¹ 921'743 Ja-Stimmen, 54,7 %, gegen 762'619 Nein-Stimmen, 45,3 %, bei einer Stimmbeteiligung von 41,09 %; BBl 1985 II 1436.

²³² Botschaft Scheidung, S. 19.

²³³ BORNEMANN, S. 150 f., sah den Hauptgrund aller Scheidungen vielmehr in der Unreife der jungen Ehegatten, die «keine Basis für eine lebenslange Interessengemeinschaft, sondern für eine lebenslange Zwangsinteraktion» schaffen.

²³⁴ Ehebruch (Art. 137 ZGB 1907), Nachstellung nach dem Leben, Misshandlung und Ehrenkränkung (Art. 138 ZGB 1907), Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel (Art. 139 ZGB 1907), böswillige Verlassung (Art. 140 ZGB 1907), Geisteskrankheit (Art. 141 ZGB 1907).

²³⁵ Art. 142 ZGB 1907.

²³⁶ 1994 stützten sich 98,6 % aller Scheidungen auf Art. 142 ZGB 1907, vgl. Botschaft Scheidung, S. 19.

²³⁷ Botschaft Scheidung, S. 26.

²³⁸ DUNCKER, S. 206; Illustrativ BORNEMANN, S. 151: «Die Türen der Kirchen und Standesämter stehen ständig weit offen. Aber sobald zwei Menschen miteinander verheiratet sind und sich ihres Irrtums bewusst werden, stellen sie fest, dass sich die Tür hinter ihnen geschlossen hat, dass sie gefangen sind.»

²³⁹ Botschaft Scheidung, S. 27 f.

²⁴⁰ Pressemitteilung des Bundesrates «Neues Scheidungsrecht» vom 14. Dezember 1998.

des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts abgeschlossen. Das ehemalige Vormundschaftsrecht trug aufgrund des starren gesetzlichen Massnahmenkatalogs dem Einzelfall kaum mehr Rechnung und vermochte ebenso wenig den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wahren. Selbstbestimmung der einzelnen Person und Hilfe zur Selbsthilfe erhielten gegenüber früher mehr Gewicht. Die Revision wurde daher aufgrund der gewandelten Verhältnisse und Anschauungen unumgänglich. Hauptanliegen waren unter anderem die Förderung der individuellen Selbstbestimmung und die Stärkung der Solidarität in der Familie und Entlastung des Staates.²⁴¹

2013 erfolgte die Revision des Rechts über die elterliche Sorge, womit in Fortentwicklung des Kindesrechts 1976 und den Nebenwirkungen des Scheidungsrechts 1998 die Gleichstellung der Kinder mit Blick auf die (gemeinsame) elterliche Sorge gewährleistet werden sollte.²⁴² 2015 stärkte der Gesetzgeber den Unterhaltsanspruch unabhängig des Schicksals der Beziehung der Eltern.²⁴³

Bereits 2004 wurde das Partnerschaftsgesetz (PartG) erlassen, womit die Begründung, die Wirkung und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare geregelt wurde (Art. 1 PartG 2004). Der Erlass des PartG fusste auf dem Wertepluralismus und des damit verbundenen sozialen Wandels gegenüber der Homosexualität, den allgemein gesellschaftlichen Veränderungen sowie des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutzes aufgrund der Lebensform (Art. 8 Abs. 2 BV).²⁴⁴ Zur «Selbstidentifikation gleichgeschlechtlicher Paare, denen die Ehe nicht offen steht», und weil die eingetragene Partnerschaft keine Grundlage für eine Familiengründung ist, rechtfertigte damit der Gesetzgeber, das Institut der eingetragenen Partnerschaft nicht ins Familienrecht des ZGB einzugliedern, «sondern von der Ehe abzuheben» und ein eigenständiges Gesetz zu erlassen.²⁴⁵ Überdies stand ihm auch Art. 14 BV entgegen, welcher der Ehe, verstanden als die ausschliessliche monogame Verbindung zwischen Mann und Frau, die Institutsgarantie gewährleistet. Aus diesem Grund sollte das Partnerschaftsgesetz genauso wenig gemischtgeschlechtlichen Paaren zur Verfügung stehen.²⁴⁶ Das Partnerschaftsgesetz wurde schliesslich in der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 angenommen.²⁴⁷ (An dieser Stelle sei kurz erwähnt, dass sich der Bundesrat in seiner Botschaft soweit ersichtlich zum ersten Mal auf gewisse

²⁴¹ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7008, 7011 f., 7013 f.

²⁴² Botschaft elterliche Sorge, S. 9078, 9092 f.

²⁴³ Botschaft Kindesunterhalt, S. 530, 550 f.

²⁴⁴ Botschaft PartG, S. 1291.

²⁴⁵ Botschaft PartG, S. 1309 f.

²⁴⁶ Botschaft PartG, S. 1303 f., 1310.

²⁴⁷ 1'559'848 Ja-Stimmen, 58,0 %, gegen 1'127'520 Nein-Stimmen, 42,0 %, bei einer Stimmbeteiligung von 56,51 %; BBl 2005 5183.

sexualwissenschaftliche Erkenntnisse direkt oder indirekt abstützte.²⁴⁸) – Nach siebenjähriger Arbeit des Parlaments²⁴⁹ wurde im Dezember 2020 schliesslich die «Ehe für alle» durch die Eidgenössischen Räte verabschiedet und in der Volksabstimmung vom 26. September 2021 angenommen.^{250, 251} Hatte sich der Gesetzgeber 2004 beim eigenständigen Erlass des PartG noch hinter Art. 14 BV «versteckt», so kam er 2019 zur Auffassung, dass trotz der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie der Ehe einer Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare innerhalb des Eherechts des ZGB nichts im Weg steht:²⁵² «Die Bestimmungen des Eherechts sollen dahingehend angepasst werden, dass die Ehe nicht mehr nur von einer Frau und einem Mann, sondern auch von zwei Personen gleichen Geschlechts eingegangen werden kann. Es hat ausserdem überall dort im Eherecht eine Anpassung zu erfolgen, wo das Gesetz im Wortlaut von Mann und Frau respektive von Braut und Bräutigam spricht.»²⁵³ Der Bundesrat schloss sich dieser Auffassung an.²⁵⁴ – Seit dem 1. Juli 2022 ist die Ehe nun auch für Personen des gleichen Geschlechts «geöffnet».

Nicht Bestandteil des Familienrechts doch mit Wirkungen auf die Frage der Familie und für die vorliegende Arbeit und Fragestellung hat das Fortpflanzungsmedizinengesetz, das im Dezember 1998 erlassen wurde. Wie wir mittlerweile wissen, ist die menschliche Sexualität aus heutiger Logik nicht mehr auf die reine Fortpflanzung beschränkt. Art. 119 BV (bereits Art. 24^{novies} aBV) schützt seit Mai 1992 den Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie. Der Bundesgesetzgeber hat damit für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie zu sorgen. Der Verfassungsgeber wollte sich damit nicht jeder Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung entgegenstellen, stellte aber Verbote und Gebote auf, innerhalb derer diese Formen gestattet sind. Art. 119 BV enthält ein Missbrauchskonzept. «Danach geht ein pluralistischer Staat davon aus, dass seine Bürgerinnen und Bürger von ihrer Freiheit grundsätzlich einen verantwortungsvollen

²⁴⁸ Siehe Botschaft PartG, insbesondere Fn. 1–9.

²⁴⁹ Die Parlamentarische Initiative 13.468 (Grünliberale Fraktion) «Ehe für alle» wurde am 5. Dezember 2013 eingereicht.

²⁵⁰ 1'828'642 Ja-Stimmen, 64,1 %, gegen 1'024'307 Nein-Stimmen, 35,9 %, bei einer Stimmbeteiligung von 52,60 %; BBl 2021 2631.

²⁵¹ In der Volksabstimmung vom 28. Februar 2016 wurde die Volksinitiative vom 5. November 2012 «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» äusserst knapp durch das Volk verworfen (1'664'224 Nein-Stimmen, 50,8 %, gegen 1'609'152, 49,2 %, und 15 3/2 Annehmende Stände gegen Verwerfende 5 3/2 Stände, bei einer Stimmbeteiligung vom 63,25 %; BBl 2016 3715). Mit der Annahme der Initiative wäre Art. 14 BV mit einem zweiten Absatz ergänzt worden, der die Ehe verfassungsrechtlich als «die auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau» definiert hätte. Das Bundesgericht hob mit zwei Urteilen vom 10. April 2019 die eidgenössische Volksabstimmung vom 28. Februar 2016 wegen Verletzung der Abstimmungsfreiheit gemäss Art. 34 Abs. 2 BV auf (BGE 145 I 207 und Urteil 1C_315/2018; siehe auch BBl 2019 4599). Es blieb damit beim heute noch geltenden Art. 14 BV, ohne Absatz 2.

²⁵² Bericht «Ehe für alle», S. 8602.

²⁵³ Bericht «Ehe für alle», S. 8605 f.

²⁵⁴ Stellungnahme «Ehe für alle», S. 1275.

Gebrauch machen.»²⁵⁵ Die Familie als Grundlage der Gesellschaft soll dadurch geschützt werden, dass die Verfahren der Fortpflanzungshilfe «familienstiftend» wirken sollen.²⁵⁶ In all diesen Verfahren ist das Kindeswohl stets zu gewährleisten. «Die Zeugung eines Kindes darf beispielsweise nicht als Versuch zur Rettung einer Partnerschaft in der Krise dienen.»²⁵⁷ Die (sexuellen und partnerschaftlichen) Lebensrealitäten haben sich seit Erlass des FMedG stark verändert. Die Praxis und das Recht aber genauso die (bundesgerichtliche) Rechtsprechung (insbesondere in Bezug auf die Fragen der Leihmutterchaften) vermögen heute kaum mehr den tatsächlich gelebten Gegebenheiten Herr zu werden. All diese Fragen können und sollen hier indessen offen gelassen werden. Vielmehr wurde mit diesem Absatz aufgezeigt, dass sich neben dem traditionellen Familienrecht genauso ein Rechtsgebiet mit der Sexualität der Menschen befasst, das wiederum Auswirkungen auf die Frage der Familie hat.

Lässt sich nun ein erster Schluss für die Fragestellung ziehen? Wie hat sich das Recht im Zusammenhang mit der Sexualität im Laufe der etappenweisen Revisionen entwickelt? Es hat sich insofern entwickelt, dass nicht mehr in absoluter Form die Sittlichkeit und die öffentliche Ordnung über die Interessen und Rechten der Individuen gestellt wurden. Der Hinweis auf das geänderte Sexualverhalten war einzig im Zusammenhang mit dem Scheidungsrecht ein Thema von vielen.

Wie wir wissen, sind Recht und Ordnung wachsende Strukturen. Auch die Geschichte und die Geschichten des Schweizerischen Familienrechts werden laufend neu geschrieben und weitererzählt. Das Familienrecht war, ist und bleibt im Wandel und wird sich immer wieder den gesellschaftlichen Verhältnissen, Anschauungen und Lebenswirklichkeiten anzupassen haben. Neben der «Öffnung» der Ehe für alle Personen wird die laufende Revision des Abstammungsrechts von zentraler Bedeutung sein, um den ebenfalls stark veränderten Familienstrukturen, den vielfältigen Beziehungs- und Familienformen sowie den Möglichkeiten der Fortpflanzungstechnologien und -methoden und multiplen Elternschaft Rechnung zu tragen.²⁵⁸ An den gesetzgeberischen Grundgedanken im geltenden Eherecht, wonach die Ehe weitgehend von Geboten der Moral und Sitte bestimmt wird, kann kaum mehr festgehalten werden. Wir sind geneigt überspitzt zu formulieren: Das Recht und der Staat haben spätestens heute ihre überlieferten Ansichten über Sitte und Moral selbstkritisch zu überdenken und gegebenenfalls die sich daraus ergebenden Anpassungen vorzunehmen.

²⁵⁵ Botschaft FMedG, S. 214 f.

²⁵⁶ Botschaft FMedG, S. 246.

²⁵⁷ Botschaft FMedG, S. 249.

²⁵⁸ www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Elternschaft und Abstammung (besucht am: 13. Juli 2024).

Exkurs: Das Familienrecht und das Strafrecht

Das schweizerische Strafrecht ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung. Und dennoch bietet es sich an, kurz Sinn und Zweck sowie den Regelungszustand bezüglich der Entwicklungen des Sexualstrafrechts mit jenen des Familienrechts zu betrachten und allfällige Schlüsse daraus zu ziehen.

Das Schweizerische Strafgesetzbuch wurde am 21. Dezember 1937 beschlossen und trat am 1. Januar 1942 in Kraft. Mittlerweile ist bekannt, dass die staatliche Gesetzgebung um die Wende zum 20. Jahrhundert stark durch Religion, Sitte und Moral und von einer starken Sexualfeindschaft geprägt war.²⁵⁹ Auch hier war VON KRAFFT-EBINGS Werk und sein Forschungsinteresse an der Homosexualität massgeblich:²⁶⁰ «Von diesen Thatsachen psychopathologischer Forschung hat die Jurisprudenz als Gesetzgebung und Rechtsprechung bisher wenig Notiz genommen. Sie setzt sich damit in Widerspruch mit der Medicin und steht beständig in Gefahr, Urtheile und Strafen über Solche zu verhängen, die wissenschaftlich für ihre Handlungen unzurechnungsfähig dastehen ... Auf keinem Gebiet des Strafrechts ist ein Zusammenarbeiten von Richter und medicinischem Experten so geboten, wie bei den sexuellen Delikten und nur die anthropologisch-klinische Forschung vermag hier Licht und Klarheit zu verbreiten [sic].»²⁶¹ Die Schweiz verfolgte derweil für die damalige Zeit eine stark (teil)liberale Lösung, weshalb seit 1942 homosexuelle Handlungen unter Erwachsenen zwar straffrei sind, andere Bereiche aber weiterhin unter Strafe gestellt wurden.²⁶²

Bezeichnend für das Sexualstrafrecht anno 1937 war der Wille, Verbrechen und Vergehen *gegen die Sittlichkeit*²⁶³ unter Strafe zu stellen. Es war damals «redliches Bestreben», ein Strafrecht zu schaffen, welches vor dem Hintergrund diverser Anregungen verschiedener abolitionistischer Verbände sowie von Männer- und Frauenvereinen zur Hebung der Sittlichkeit, die Verantwortlichkeit des Mannes dahin erhöhte, um eine ausgleichende Gerechtigkeit herbeizuführen, der die Interessen im Geschlechtsverkehr wahrte und insbesondere einen kräftigen Schutz der Jugend vor dem vorzeitigen Geschlechtsverkehr verlieh.²⁶⁴ Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre im ausserehelichen Verhältnis,²⁶⁵ die Begünstigung und Ausbeutung der Unzucht, sowie die Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit galten als

²⁵⁹ Siehe auch MAIER Nötigungsdelikte, S. 227, HANGARTNER, S. 12.

²⁶⁰ RUCKSTUHL/RYTEYER, S. 62 ff.

²⁶¹ VON KRAFFT-EBING, S. 95.

²⁶² RUCKSTUHL/RYTEYER, S. 69, ausführlicher zu den Reglementierungen der Prostitution, S. 71 ff., und Abtreibung, S. 97 ff.

²⁶³ Zur Kritik am Rechtsgut der Sittlichkeit siehe HANGARTNER, S. 9, m.w.H.

²⁶⁴ Botschaft StGB, S. 40 f.

²⁶⁵ Im ehelichen Verhältnis ist die Vergewaltigung seit 1992 strafbar (obwohl der Bundesrat noch von einer solchen Bestrafung absehen wollte [vgl. Botschaft Revision Sexualstrafrecht, S. 1072 f.], folgte das Parlament dieser Auffassung hingegen nicht [MAIER Nötigungsdelikte, S. 242 ff.]) aber erst seit 2004 ein von Amtes wegen zu ahnenden Delikts.

die drei Hauptgruppen von Sexualstraftatbeständen.²⁶⁶ Mit der umfassenden Revision des Sexualstrafrechts 1991 trug der Gesetzgeber den unverkennbaren veränderten Einstellungen gegenüber der und Vorstellungen über die Sexualität Rechnung.²⁶⁷ Verfolgt wurde eine «be-
hutsame Liberalisierung».²⁶⁸ Die umfassende Revision des Kindesrechts 1976 war auch be-
zeichnend dafür. Anstoss zur Revision gab indes zu Beginn der 70er-Jahre die Diskussion
um die straflose Unterbrechung der Schwangerschaft. Eine Expertengruppe befasste sich
über mehrere Jahre mit der offensichtlichen Erneuerungsbedürftigkeit. Das neue Sexual-
strafrecht sollte einerseits jegliche Doppelmoral ausschliessen und das Gericht von der Auf-
gabe entlasten, das Sittengericht zu spielen.²⁶⁹ Andererseits sollte in einer rechtsstaatlichen
Demokratie und im Wertpluralismus jener Zeit, mithin in einem so intimen Bereich wie der
Sexualität, jeder einzelne Bürger oder jede einzelne Bürgerin selbst über sein oder ihr sexu-
ellen Verhalten entscheiden können, solange keine andere Person geschädigt wird.²⁷⁰ Nicht
der Sittlichkeit, sondern der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung wurde Priorität ein-
geräumt. Strafrechtlich relevant sollte sexuelles Verhalten nicht mehr durch die sittliche An-
stössigkeit, sondern durch das Ausmass seiner Sozialschädlichkeit sein. Die neu zu schüt-
zenden Rechtsgüter wurden das individuelle sexuelle Selbstbestimmungsrecht²⁷¹ und der Ju-
gendschutz. Der Fünfte Titel des StGB erhielt in der Folge die Überschrift «Strafbare Hand-
lungen gegen die sexuelle Integrität.»^{272, 273} Die Änderungen des Sexualstrafrechts wurden
nach einem Referendum in der Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 deutlich angenom-
men.²⁷⁴ Mit der jüngsten Revision des Sexualstrafrechts vom 16. Juni 2023, in Kraft seit
1. Juli 2024, erfolgte eine Modernisierung des Sexualstrafrechts und eine Anpassung an die

²⁶⁶ Botschaft StGB, S. 41 ff.

²⁶⁷ MAIER Nötigungsdelikte, S. 227 f., Botschaft Revision Sexualstrafrecht, S. 1064.

²⁶⁸ Botschaft Revision Sexualstrafrecht, S. 1012.

²⁶⁹ MINELLI, S. 141 ff., zum Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, S. 147 f., zur Zurückhaltung auf
sozialempirische Untersuchungen zurückzugreifen, S. 157 ff. (gl.M. LEMBKE, S. 15), zur Begünstigung der
Sex-Kommerzialisierung durch die Rechtslage.

²⁷⁰ MINELLI, S. 104, wonach «es den Staat und die Kirche nun wirklich nichts angeht, was erwachsene, mün-
dige Menschen in ihrer Freizeit tun, solange alle jene, die irgend etwas tun, dies freiwillig unternehmen, und
alle jene, die durch eine Teilnahme an solchem Tun verletzt werden könnten, in *ausreichender* Weise davor
gewarnt und geschützt werden, unfreiwilligerweise Zeuge dieses Tuns zu werden», Hervorhebung im Original;
siehe auch ROTHER, S. 519.

²⁷¹ Zum Umfang und Inhalt der sexuellen Selbstbestimmung HANGARTNER, S. 16 ff.; Kritisch zu diesem
Rechtsgut DUNDE, S. 279, der darunter weiterhin eine «symbolische Manifestation des politischen Willens
[versteht], die Innenwelt des Menschen und seine soziale Beziehungswelt unter Kontrolle zu halten»,
GRAUPNER, S. 170.

²⁷² Sexuelle Selbstbestimmung und sexuelle Integrität versteht der Gesetzgeber offenbar synonym, vgl. HAN-
GARTNER, S. 16.

²⁷³ Zum Ganzen MAIER Nötigungsdelikte, S. 228 ff., HANGARTNER, S. 13 f., 36 ff., Botschaft Revision Sexu-
alstrafrecht, S. 1064.

²⁷⁴ 1'255'604 Ja-Stimmen, 73,1 %, gegen 461'723 Nein-Stimmen, 26,9 %, bei einer Stimmbeteiligung von
39,15 %; BBl 1992 V 458.

gesellschaftlichen Entwicklungen der vergangenen Jahrzehnte sowie die neue Ausgestaltung einzelner Kernbestimmungen.²⁷⁵

2.2. Das Eherecht

Das Wesen der Ehe ist ein wechselhaftes historisch²⁷⁶ vorfindbares Phänomen, das nur aus seiner Zeit und Funktion heraus beschrieben werden kann; ein «schillernder Sammelbegriff» mit unterschiedlichen Inhalten.²⁷⁷ Aus Matriarchat und Patriarchat bildete sich aus der Grossfamilie die monogame Ehe heraus, auf welcher wiederum die Kleinfamilie beruhte.²⁷⁸ Der eigentliche Grund der Ehe scheint aber ausserhalb ihrer selbst zu liegen; nämlich in der Nachkommenschaft. «Erst der Umschlag der Ehe in die Familie macht die Institutionalisierung des sexuellen Verhältnisses zweier Menschen notwendig.»²⁷⁹

Der Reihe nach: Die Abhängigkeit der Ideen von den Realien des Rechts zeigt sich, so RADBRUCH, anschaulich im Eherecht. Denn hier tritt dem Recht «ein natürlicher und sozialer Tatbestand von starker naturalistischer und soziologischer Eigengesetzlichkeit gegenüber, den es nicht selbtherrlich zu formen vermag, mit dem es sich vielmehr auseinanderzusetzen hat.»²⁸⁰ Das heisst, die Ehe galt als naturgegeben und insofern dem Recht vorgegebene Gemeinschaft.²⁸¹ Die natürliche Grundlage der Ehe, die Geschlechtsgemeinschaft und die Nachkommenschaft, wurden durch die gesellschaftlichen Verwerfungen stark erschüttert. Die Liebesehe, wie sie sich im 18. Jahrhundert etablierte, stand in einem kaum zu überwindenden Widerspruch mit der Rechtsform der Ehe. Die Erotik und das Recht passten nicht zusammen. Denn der Eros steht zur Rechtsehe in einem seltsam zweideutigen Verhältnis, indem er ihr einerseits Widerstand entgegensetzt und in ihr andererseits seine letzte Erfüllung sucht. Die Aufgabe des Eherechts ist jedoch eine erfüllbare Aufgabe, weil die erotische Beziehung sich in der Ehe unversehens mit einer Fülle sachlicher Beziehungen verknüpft, welche als Dauerinhalt die Lücken und Wandlungen der erotischen Beziehung überbrücken und ihr Abklingen überdauern.²⁸² Vor diesem Hintergrund ist auch die Auffassung BADERS zu verstehen, wonach es für die Rechtsordnung, «die das Menschlich-Allzumenschliche

²⁷⁵ Sexueller Übergriff und sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB); Bericht Revision Sexualstrafrecht, S. 13.

²⁷⁶ Ausführlich zur Historie und Vorgeschichte der Ehe BORNEMANN, S. 114 ff., wonach alle Eherechte männliche Erfindungen sein müssten, da die Männer nie sicher sein können, ob ein Kind von ihnen stammt, während die Frauen immer wissen, dass sie die Mütter sind.

²⁷⁷ DUNCKER, 208, zu Ehedefinition, Ehezweck und «Wesen der Ehe» sowie einem Exkurs zur Geschlechtsdefinition der Ehe als Gemeinschaft von «Mann und Frau» vor dem Hintergrund der historischen Rechtsquellen; siehe ausführlich DERS., S. 212 ff., 253 ff.

²⁷⁸ ARESIN ET AL., S. 44.

²⁷⁹ BORNEMANN, S. 115, gl.M. WIENFORT, S. 11.

²⁸⁰ RADBRUCH, S. 244.

²⁸¹ REUSSER, N 7 zu Art. 14 BV.

²⁸² RADBRUCH, S. 249 f.; a.A. ROTHER, S. 513.

einfängt, glättet, normt und *in Grenzen verweist*», die Sexualität als rechtliches Phänomen gar nicht gibt und sie in das Rechtsinstitut der Ehe einfügt.²⁸³ Das Eherecht, die Eherechtsordnung *in concreto*, hat entsprechend Schranken zu setzen und einen Verzicht aufzuerlegen, und dies im vollen Bewusstsein, dass dies auf Widerspruch stösst.²⁸⁴ Es liegt gerade im Wesen der rechtlichen Ordnung, wenn sie sich dem äusseren Geschehen und den innermenschlichen Regungen verschliesst. Zu dieser Ordnung gehört die Beständigkeit. «Wenn unsere Rechtsordnung den Begriff der Sexualität nicht kennt und ihn auch morgen meiden wird, dann hat sie dafür ihre guten Gründe; sie kann wohl auch nicht anders, denn sie ist eben eine Ordnung, und Ordnung bedeutet Abstellen auf den Regelfall der menschlich-sozialen Norm.»²⁸⁵ Mit anderen Worten: die sexualrechtliche Ordnung unterwarf vor dem Hintergrund der Emotionalisierung des Familienlebens das Sexuelle dem Diktat der dauerhaften Liebe der Ehegatten. Das «Menschliche-Allzumenschliche» wurde dem Zwang dieser dauerhaften Liebe unterstellt und um seine Lebendigkeit gebracht.²⁸⁶

Der Staat sicherte sich damit durch die Ehe die Aufrechterhaltung der Gesellschaft.²⁸⁷ Nicht von ungefähr gewährleistete Art. 54 Abs. 1 aBV und gewährleistet Art. 14 BV (bis heute) die Ehe als solches als staatliches Rechtsinstitut; die neue Verfassungsbestimmung übernahm *tel quel* den Inhalt der alten Norm²⁸⁸. Das heisst, das Institut der Ehe ist durch die Bundesverfassung in ihrem Wesenskern und den prägenden Merkmalen vor einer gesetzgeberischen Entleerung des verfassungsrechtlichen Gehaltes geschützt. Der Staat ist damit verpflichtet, die erforderlichen gesetzlichen Regelungen zu erlassen und im Vergleich zu anderen Formen des Zusammenlebens der Ehe ihren besonderen Schutz zu gewähren.²⁸⁹ Das Gesetz hat hierfür Ehehindernisse und Eheungültigkeitsgründe aufgestellt (Art. 95 f., 105 und 107 ZGB), worunter unter anderem die Verwandtschaft und das Bigamie- und Polygamieverbot fällt. Überdies steht die mehrfache Ehe unter Strafe (Art. 215 StGB). Zwar verlor die Kirche 1874 das Privileg über die Ehe, ihr Einfluss auf moralisch-sittliche Aspekte von Ehe und Sexualität blieb jedoch erhalten.²⁹⁰ Nach allgemeiner Auffassung, rechtswissenschaftlicher Lehre und Rechtsprechung wird die rechtliche Ehe im Sinne der

²⁸³ BADER, S. 13 f., Hervorhebung nur hier.

²⁸⁴ BADER, S. 14.

²⁸⁵ BADER, S. 19.

²⁸⁶ DANNECKER Ordnung, S. 9.

²⁸⁷ KENTLER Taschenlexikon, S. 50, BORNEMANN, S. 115, zum eigentlichen Grund der Ehe, die Aufzucht des menschlichen «Jungtiers»; BGE 126 II 425 E. 4b/aa S. 430 f.

²⁸⁸ Botschaft BV, S. 154.

²⁸⁹ REUSSER, N 24 f. zu Art. 14 BV, BIAGGINI, N 7 f. zu Art. 14 BV, UEBERSAX, N 21 f. zu Art. 14 BV, Botschaft BV, S. 154; Kritik dazu UEBERSAX, N 8 zu Art. 14 BV, der für einen ganzheitlichen Ansatz plädiert, HOTZ, S. 430, wonach neben der Ehe auch individuelle Grundrechte entgegenstehen und ihr als «gesellschaftliches Regelsystem» keine weitergehende Bedeutung zukommt; historisch bereits GMÜR, N 5 zu Vorbemerkungen Eherecht, GÖTZ, N 5 zu Vorbemerkungen Eherecht.

²⁹⁰ RUCKSTUHL/RYSER, S. 57.

Bundesverfassung und des ZGB verstanden als die staatliche geregelte, auf Dauer, bis zum Tod eines Ehegatten angelegte (monogame) Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.²⁹¹ Diese Auffassung wurde mit der «Öffnung» der Ehe für alle Personen indes stark relativiert, zumal materiell an den Art. 159–180 ZGB keine Änderung stattgefunden hat²⁹².

Wie verhielt es sich mit der Sexualität? Der historische Gesetzgeber schien genau zu wissen, dass es das Geschlechtsleben der Menschen gibt, nämlich in der einzigen Funktion der Erzeugung ehelicher Nachkommen. Die Regeln des ZGB zur Entstehung des Kindesverhältnisses basieren auch heute auf der natürlichen Fortpflanzung und setzen damit einen sexuellen Akt und die Geburt voraus. Der Gesetzgeber nannte das Sexuelle nicht beim Namen, vielmehr «verpackte» er es als einen wesentlichen Bestandteil der ehelichen Gemeinschaft.

Die Ehe war und ist unter anderem eine *Gemeinschaft zu persönlichen Zwecken* (vgl. Art. 159 Abs. 1 ZGB, wonach die Ehegatten durch die Trauung zu einer ehelichen Gemeinschaft verbunden werden). Vor dem Hintergrund der «aufklärenden Richtungen» hatte diese Gemeinschaft sittlichen und rechtlichen Inhalt: Einige kantonale Rechte gaben insbesondere der sittlichen Seite dieses persönlichen Verhältnisses Ausdruck. Es war für die gesetzgeberischen Absichten im Zuge der Kodifikation und dem Versuch des Ausgleichs insofern folgerichtig, die wesentlichen sittlichen Wirkungen der ehelichen Gemeinschaft rechtlich anzuführen, indem eine *Verpflichtung zu Treue und Beistand* gesetzlich normiert wurde (vgl. Art. 159 Abs. 3 ZGB²⁹³), deren Verletzung die eheliche Gemeinschaft beeinflussen und eine Scheidungsklage begründen konnte.²⁹⁴ Diese persönlichen, ehelichen Beziehungen gehörten «so sehr dem sittlichen Verhältnis unter den Ehegatten an»,²⁹⁵ dass der Pflicht zu Treue und Beistand daher im Gesetzesentwurf 1900 «mit aller Absicht Ausdruck gegeben»²⁹⁶ wurde. Über dem gesamten Eherecht musste deswegen ein «überall spürbarer einheitlicher Geist» stehen. Denn das Recht hatte gerade hier eine Materie zu ordnen, «die mit der individuellen Sittlichkeit und der guten Sitte in ganz besonderer Innigkeit verbunden ist und das religiöse Band nicht zu verleugnen mag, so sehr der Staat auch sein Recht für die verschiedenen

²⁹¹ REUSSER, N 8 zu Art. 14 BV, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 6 zu Art. 159 ZGB; a.A. UEBERSAX, N 8, 13 f. zu Art. 14 BV, MAIER/SCHWANDER, N 4 zu Art. 159 ZGB; bereits EGGER, N 1, 3 zu Einleitungen Eherecht, wonach sich die Monogamie aus dem Wesen der Ehe selbst ergibt, GMÜR, N 3 zu Vorbemerkungen Eherecht, wonach die Ehe ein sittliches Verhältnis ist, BRÄM/HASENBÖHLER, N 8 zu Art. 159 ZGB; BGE 126 II 425 E. 4b/aa S. 430 f., wonach die Ehe und Familie «aus biologischen Gründen immer noch und natürlicherweise in anderer Form zum Fortbestand der Gesellschaft bei[trägt] als die gleichgeschlechtliche Partnerschaft»; ferner BORNEMANN, S. 114.

²⁹² MAIER/SCHWANDER, N 4a zu Vor Art. 159–179 ZGB.

²⁹³ Zu erwähnen ist hier, dass der Wortlaut dieser Norm («Sie schulden einander Treue und Beistand») seit den beiden Vorentwürfen von 1896 (Art. 178 Abs. 3) und 1900/1903 (Art. 182 Abs. 3) sowie dem Entwurf des Bundesrates von 1904 (Art. 166 Abs. 3) und über die Revision von 1984 (AS 1986 122) bis heute *unverändert* blieb.

²⁹⁴ HUBER Erläuterungen 1893, S. 68, DERS. Erläuterungen 1914, S. 153 a.E.

²⁹⁵ HUBER Erläuterungen 1893, S. 71 a.E., in Bezug auf die ehelichen Pflichtverletzungen.

²⁹⁶ HUBER Erläuterungen 1914, S. 153 a.E.

religiösen Bekenntnisse in gleichmässiger Unparteilichkeit zu schaffen hat.»²⁹⁷ Mehr noch: Sittlich-religiöse Elemente wurden im gesamten Eherecht stillschweigend vorausgesetzt.²⁹⁸ Die Ehe ist demnach ein sittliches Verhältnis und das Verhalten der Ehegatten ergibt sich aus sittlichen Normen. Aus dem Gebot der Sitte und Sittlichkeit ergibt sich die richtige Erfassung und feinere Ausgestaltung eherechtlicher Regelungen.²⁹⁹ Das Eherecht will insofern das eheliche Verhältnis nicht umfassend normieren und hebt nur die wichtigsten Punkte hervor, «indem es *bezweckt*, einerseits den normalen Rechtszustand vorzuzeichnen, andererseits für abnormale Verhältnisse die geeigneten Abhilfsmittel bereitzustellen.»³⁰⁰ Mit anderen Worten: Es brauchte nichts weiter positivrechtlich geregelt zu werden, was nicht ohnehin schon aus der historisch überlieferten Sitte galt.

Aus der Definition, nach Natur und Sitte sowie dem Inhalt und Zweck der Ehe bestand – so die Terminologie zu jener Zeit – «normalerweise auch Geschlechtsgemeinschaft», das Gesetz unterliess es hingegen ausdrücklich, eine Verpflichtung «zur Leistung des *debitum conjugale*» aufzustellen, setzte diese Leistung hingegen implizit stillschweigend voraus.³⁰¹ Denn die rechtliche historische Normierung der Sexualität war und ist in diesem intimen Lebensbereich seit Längerem «an Regulierungsinteressen und Deutungshoheiten zu Fortpflanzung gekoppelt»³⁰² und knüpft implizit an der christlichen Tradition an. Nach Art. 159 Abs. 2 ZGB sind die Ehegatten (noch heute!) gegenseitig verpflichtet, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren *und für die Kinder gemeinsam zu sorgen*.³⁰³ Das Gesetz geht damit implizit davon aus, dass Kinder Teil der Familie werden, wozu der «eheliche Beischlaf» notwendig ist. Der liberale Rechtsaat konnte diesen aber nur als Akt der Freiheit ansehen, welcher nicht über das Recht zu normieren war. Es entsprach demnach genauso den «aufklärenden Richtungen», keine Pflicht zum Geschlechtsverkehr im Gesetz zu verankern. Ein Teil der alten Doktrin nahm derweil noch an, dass in einer konkreten Ehe eine Pflicht zur Kinderzeugung durchaus bestehen kann.³⁰⁴

²⁹⁷ HUBER Erläuterungen 1914, S. 107 a.E.

²⁹⁸ HUBER Protokoll Expertenkommission, S. 96.

²⁹⁹ GMÜR, N 3 f. zu Vorbemerkungen Eherecht, DERS., N 2 zu Vorbemerkungen Wirkung der Ehe, GÖTZ, N 4 zu Vorbemerkungen zum Eherecht, BÜHLER/SPÜHLER, N 22 zu Einleitung; siehe auch HUBER Memorial, S. 144.

³⁰⁰ GMÜR, N 9 zu Vorbemerkungen Wirkung der Ehe, Hervorhebung im Original, LEMP, N 3 zu Vorbemerkungen, Botschaft Ehwirkungen, S. 1202

³⁰¹ GMÜR, N 3 zu Vorbemerkungen Eherecht, DERS., N 11 zu Art. 159 ZGB, Hervorhebung nur hier, LEMP, N 34 zu Art. 159 ZGB, BÜHLER/SPÜHLER, N 81 zu [a]Art. 142 ZGB, BRÄM/HASENBÖHLER, N 35 zu Art. 159 ZGB; siehe auch MARELLI, S. 34 ff.

³⁰² BUSCH, S. 123.

³⁰³ Implizit auch früher durch das Verbot des Ehebruchs (Art. 137 ZGB 1907) und die Bestrafung des ausser-ehelichen Beischlafs (Art. 187 StGB 1942).

³⁰⁴ MIRELLI, S. 161; relativierend BRÄM/HASENBÖHLER, N 40 zu Art. 159 ZGB, m.w.H.; siehe auch die Abhandlung HEIDERHOFFS, wonach eine eheliche Pflicht des Geschlechtsverkehrs vor dem Hintergrund der Persönlichkeitsrechte abgelehnt wird, S. 117 ff., 133 f.

Von Bedeutung war und ist die Sexualität in der zentralen Bestimmung von Art. 159 Abs. 3 ZGB: Die Ehegatten schulden einander Treue und Beistand. Der zwingende Charakter des gesamten Familienrechts ergibt sich *a maiore ad minus* genauso für die eherechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 159 ff. ZGB.³⁰⁵

Art. 159 ZGB ist *die* Leitnorm, Programmartikel des gesamten Eherechts:³⁰⁶ Das Bundesgericht hielt hierzu unmissverständlich fest, die « *mariage est une institution dont le contenu est impérativement fixé par la loi. [...] avec tous les effets que la loi – et la loi seule – y attache [...]. La portée, la signification que les époux ont attachée à leur mariage n'affecte en rien leurs devoirs légaux.* »³⁰⁷ Und bestätigte auch unter dem heute noch geltenden Eherecht, dass die Ehegatten in einer «rechtlich-sittlichen» Gemeinschaft verbunden sind.³⁰⁸

Mit der gesetzlichen Statuierung der Treuepflicht in Art. 159 Abs. 3 ZGB wurde der normale Rechtszustand kanalisiert und mit dem besonderen Scheidungsgrund des Ehebruchs (Art. 137 ZGB 1907) ein geeignetes «Abhilfsmittel» für dieses sittenwidrige Verhalten zur Verfügung gestellt. Es war im Sinne der Aufklärung und des Liberalismus zur damaliger Zeit abträglich, Freiheiten gesetzlich einzuschränken, doch «[d]ie für den Fortbestand und die Sittlichkeit des Staates so wesentliche Institution der Ehe konnte nicht einfach der launenhaften Natur der Geschlechtsneigung überlassen bleiben.»³⁰⁹ Einziger rechtmässiger Ort dieser triebhaften Erscheinung lag also in der Ehe, alles ausserhalb davon versties gegen die sittliche Ordnung.³¹⁰ Denn in den Worten des Bundesgerichts aus dem Jahr 1942: «Die Ehe ist (...) die Grundlage der staatlichen Gemeinschaft.»³¹¹ Aus diesen Überlegungen versagte das Recht aus dem Wesen und Inhalt der ehelichen Gemeinschaft auch den gegenseitigen Scheidungswillen der Ehegatten³¹² – es sei denn, eine Person machte sich des Ehebruchs schuldig.

Die *eheliche Treuepflicht* namentlich im «geschlechtlichen Bereich» gebietet, Rücksicht zu nehmen, die Intimität der ehelichen Gemeinschaft zu wahren und sich gegenüber dem Ehepartner redlich zu verhalten, womit insgesamt auch die Pflicht einhergeht, keine ehewidrigen Beziehungen zu Dritten einzugehen. Ehewidrig sind nach wohl heute noch herrschender

³⁰⁵ GMÜR, N 9 zu Vorbemerkungen Wirkungen der Ehe, LEMP, N 4 zu Vorbemerkungen,

³⁰⁶ Siehe auch DUNCKER, S. 247, 332 f..

³⁰⁷ BGE 97 II 7 E. 3 S. 9.

³⁰⁸ BGE 122 I 139 E. 4c/bb S. 147.

³⁰⁹ KLEINBECK, S. 21, in Anlehnung an ROUSSEAU, KANT und HEGEL, S. 33, 45, wonach nach KANT die sinnliche Begierde nicht länger über eine höhere Autorität reguliert werden solle, sondern im freien Umgang zwischen den Geschlechtern.

³¹⁰ RUCKSTUHL/RYSER, S. 57

³¹¹ BGE 68 II 144 E. 1 S. 147, 93 I 1 E. 3b S. 9.

³¹² BÜHLER/SPÜHLER, N 28 zu Einleitung, bereits EGGER, N 14 zu Vorbemerkungen Ehescheidung.

eherechtllicher Lehre und Rechtsprechung sexuelle Beziehungen mit einer dritten Person und jeglicher intensive Kontakt, der «die eheliche Gemeinschaft als umfassende und vorrangige Beziehung der Partner in Frage stellt»; mithin jede Art von Rücksichtslosigkeit im Sexualleben.³¹³ Der «unangefochtene Grund richterlicher Ehescheidung»³¹⁴ und damit Verletzung der ehelichen Treuepflicht war bis Ende 1999 der Ehebruch: die bösgläubige und vorsätzliche, mit Wissen und Wollen, geschlechtliche Vereinigung eines Ehegatten mit einer dritten Person des andern Geschlechts.³¹⁵ Dieser war nicht nur eine Missachtung der Rechte des andern Ehegatten, sondern darüber hinaus ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung.³¹⁶ Überdies konnte auch die Verweigerung des Geschlechtsverkehrs ohne triftigen Grund ehewidrig sein.³¹⁷

Vergegenwärtigen wir uns den Begriff der Treue,³¹⁸ wird verständlich, von welchem Ideal sich der historische Gesetzgeber leiten liess. Aus dem Bereich der Ethik und der Moral gilt

³¹³ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 22 f. zu Art. 159 ZGB, BRÄM/HASENBÖHLER, N 35 zu Art. 159 ZGB, SCHMID, N 4 zu Art. 159 ZGB, SCHLUMPF/FRAEFEL, N 8 zu Art. 159 ZGB, LEMP, N 18 zu Art. 159 ZGB, GMÜR, N 16 zu Art. 159 ZGB, BÜHLER/SPÜHLER, N 75 zu [a]Art. 142 ZGB; zum Begriff auch DUNCKER, S. 677 f., wonach sie alle aus der Ehe folgenden Einschränkungen des vertrauten Umgangs mit anderen Personen als dem Ehepartner umfasst; illustrativ zur Treuepflichtverletzung aus der bundesgerichtlichen Praxis BGE 85 II 64 E. 2a S. 68 (zu intensive Beziehungen zu den Schwiegereltern: «Ora, un atteggiamento di questa natura non è conciliabile con il dovere che ciascun coniuge ha di contribuire con tutte le sue forze a superare le difficoltà esterne ed interne le quali possono nuocere al buon andamento di un'unione coniugale»), 87 II 1 E. 2 S. 3 (zu enges Verhältnis zu den Eltern und Geschwistern: «Seine starke Bindung an die elterliche Familie hinderte ihn, seiner Frau zur Seite zu stehen, wie es sich gehört hätte.»), 88 II 241 S. 244 («Die Beziehungen mit dieser andern Frau haben auf jeden Fall eine Intensität erreicht und Formen angenommen, wie sie sonst nur bei ehebrecherischen Verhältnissen vorzukommen pflegen.»).

³¹⁴ EGGER, N 19 zu Art. [a]137 ZGB.

³¹⁵ Vereinigung der Geschlechtsteile, dabei nicht erforderlich «*effusio und immisio seminis*» sowie das vollständige «Eindringen des männlichen Gliedes in den weiblichen Geschlechtsteil»; nicht als Ehebruch galten: Bigamie, andere sexuelle Betätigungen (intime Vertraulichkeiten, bloss e äusserliche, einseitige oder gegenseitige Berührungen der Geschlechtsteile), beischlafähnliche Handlungen, Homosexualität, Päderastie, Sodomie, künstliche Insemination oder Samenspende; zum Ganzen EGGER, N 20 zu [a]Art. 137 ZGB, GMÜR, N 13 f., 16 zu [a]Art. 137 ZGB, BÜHLER/SPÜHLER, N 4, 6 f., 32 zu [a]Art. 137 ZGB, N 77 f. zu [a]Art. 142 ZGB.

³¹⁶ BGE 93 I E. 4b S. 9.

³¹⁷ BGE 77 II 205 S. 208 f. («Die entsprechende Einstellung beim Manne ist nicht entschuldbar, aber insofern weniger gravierend, als sein Verlangen nach intimem ehelichem Verkehr und Kindern immerhin nach Natur, Sitte und Gesetz zum wesentlichen Inhalt der Ehe gehört, während die grundsätzliche Weigerung der [Frau] ehewidrig war.); diese Rechtsprechung wurde bestätigt im Urteil des Bundesgericht 5C.257/1999 vom 25. Januar 2000 («Le refus de principe et durable d'un époux d'avoir des relations sexuelles avec son conjoint, sans motifs sérieux liés notamment à l'âge ou à la maladie, est contraire aux devoirs essentiels du mariage. Un époux ne saurait être lié par un engagement pris envers son conjoint de renoncer à des relations intimes, un tel engagement étant contraire aux moeurs.»), wobei zu beachten gilt, dass diese Rechtsprechung unter dem alten Scheidungsrecht erging und heute nicht mehr tragbar wäre.

³¹⁸ Zur Etymologie der Wortes siehe PFEIFER, S. 1458, als eine «unverändert feste Verbundenheit, beständige Anhänglichkeit, Zuverlässigkeit», die aus der ursprünglichen Bedeutung «gegenseitige feste Abmachung, Bündnis» zum einem «das Einhalten eines Vertrages» entwickelt hat, im mittelhochdeutschen Zeit wird Treue zu einem Tugendbegriff der ritterlich-höfischen Ethik, in neuhochdeutschen Zeit überwiegt der Sinn des Steten, Festen, Dauernden; siehe auch und im Detail GRIMM/GRIMM, S. 286 f., wonach sich der Begriff von einer konkreten Handlung zu einem abstrakteren des Verhaltens, schliesslich des Wesens eines Menschen entwickelt hat und im Mittelhochdeutsch als immer entscheidender die Verwendung des Wortes als eines allgemeinen wie speziellen Tugendbegriffs, das Wort aber bereits vor lutherischen Zeit in geistlicher Sphäre eine besondere Bedeutung übernahm im Sinne von «Bund oder Stiftung zwischen Gott und den Menschen», von daher auch der heute noch geltende rechtliche Begriff von «Treu und Glaube» (vgl. Art. 2 Abs. 1 ZGB); siehe auch dazu die Treue als eines der Güter der Ehe in der augustinischen Dreieheit (*proles, fides, sacramentum*;

sie als eine Tugend; eine sittliche Haltung der Beständigkeit einer eingegangenen Bindung wie die Ehe oder auch eine Freundschaft, die nicht um eigener Vorteile willen aufgegeben wird und auf Dauer der andere oder die andere *vertrauen* kann.³¹⁹ Die Treue verwirklichte so auch ein Teil der Idee des Rechts, welcher sie dienen sollte – die Gerechtigkeit.

Kann vor dem Hintergrund der sexualwissenschaftlichen Grundlagen überhaupt noch an diesem stark ethisch-moralischen Begriff der ehelichen Treue³²⁰ und deren konkreten Inhalt noch festzuhalten werden kann? Mag das ZGB historisch noch so weltlich sein, folgt es im Kern, insbesondere in der Norm von Art. 159 ZGB, der kirchenrechtlichen Tradition bis heute. Wir wissen, der Mensch ist ein sexuelles Wesen, der über das Spüren, Fühlen, Handeln und Wissen seine Erfahrungen im Laufe seines Lebens macht. Sexualität ist uns nicht vorgegeben, wir haben sie auch in gewisser Weise zu erlernen. «Das lernt man aber nicht aus Büchern, sondern nur durch Selbsterfahrung. Ein gewisses Mass an Übung ist unerlässlich. Treue dagegen erfordert einen Verzicht auf derartige Übungen.» Verlieren tut nicht jene Person, die «betrogen» wurde, sondern auch ihr Partner oder ihre Partnerin. Eheliche Treue schädigt mithin also beide.³²¹ Wahre eheliche – und sexuelle – Treue dürfte dahingehend verstanden werden, sich selbst in der ehelichen Gemeinschaft «treu» zu sein und sich gegenüber dem Partner oder der Partnerin *loyal*, mit anderen Worten rücksichts- und vertrauensvoll, redlich und seine oder ihre Interessen achtend zu handeln und zu verhalten. Dieser Umstand dürfte dem Gesetzgeber anno 2004 wohl bewusst gewesen sein, als er mit dem Erlass des Partnerschaftsgesetzes auf die Erwähnung der Treuepflicht *expressis verbis* verzichtete. «Sie ist ohnehin von der Beistandspflicht nur schwer zu unterscheiden und geht praktisch auch in der Rücksichtnahmepflicht auf. Vorbehalten bleibt der sexuelle Bereich, der ohnehin nicht normierbar ist.»³²²

Wie wir vorne gesehen haben, wurde mit der grossen Eherechtsrevision 1984 das Recht «an die gesellschaftlichen Verhältnisse, Anschauungen und geänderten Lebenswirklichkeiten» angepasst und, so das Bundesgericht, «ein freiheitlich-partnerschaftliches Leitbild von der Ehe vorangestellt».³²³ Das Bundesgericht trug bereits 1983 in Bezug auf die eheähnliche

Nachkommenschaft, Treue, sinnbildende Beständigkeit), wonach Treue auch die Erfüllung der ehelichen Pflicht bedeutet, BAUER, S. 141, m.w.H.

³¹⁹ Brockhaus Enzyklopädie, 20. Band, S. 348; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 22 zu Art. 159 ZGB; BORNE-MANN, S. 827, KENTLER Taschenlexikon, S. 280, m.w.H. auf die Dauerbeziehung, S. 45, und Eifersucht, S. 52, (Zwar kann durch langfristige Beziehungen Vertrauen und Zuverlässigkeit entstehen, der Reiz des Anfangs und der Spontanität lässt hingegen nach oder hört auf. Das bedingt eine Ich-Stärke und die Kenntnis des eigenen Wertes. Mit Eifersucht, einer Erscheinung aus dem Patriarchat und des Privateigentums, wird am seltenen Gut des liebenden und geliebten Menschen akribisch festgehalten).

³²⁰ Ausführlich zur ehelichen Treue und den verschiedenen historischen Rechtsquellen DUNCKER, S. 677 ff.

³²¹ BORNEMANN, S. 827.

³²² Botschaft PartG, S. 1336.

³²³ BGE 122 I 139 E. 4c/aa S. 147.

Lebensgemeinschaft dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung.³²⁴ Aber dennoch: Das neue Eherecht 1984 fasst die eheliche Gemeinschaft gemäss Art. 159 nicht anders auf – ganz im Gegenteil. Sinn und Zweck der Verpflichtungen der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft bestätigte und bekräftigte der Gesetzgeber mit der Revision von 1984, wonach Art. 159 ZGB, «das Wesen der monogamen Ehe [...] in mustergültiger Weise» umschreibe.³²⁵ Die eheliche Gemeinschaft wird damit auch unter dem revidierten Eherecht nicht anders aufgefasst,³²⁶ sie ist auch weiterhin eine Erwerbs- und Verbrauchergemeinschaft.³²⁷ Es scheint, dass die eheliche, sexuelle Treuepflicht im Geiste des Rechts nach wie vor Bestand hat. Umgekehrt nach BORNEMANN: «Der wichtigste Diener des Staates in gesundheitlichen Fragen ist nicht der Arzt, sondern der Ehegatte [und die Ehegattin]». Die beiden Genannten scheinen – vor dem Hintergrund der drei «aufklärenden Richtungen» bis heute – für die geschlechtliche Zufriedenstellung der sexuellen Befriedigung verantwortlich sein zu müssen, was viel schwieriger ist beim Ehegatten oder der Ehegattin als bei einem Freund oder einer Freundin, einem Geliebten oder einer Geliebten. «Der engherzige Moralcode einer vergangenen Zeit hat uns so beeinflusst, dass sich nur wenige die Begierden eingestehen, die sie fühlen.»³²⁸ Sexualität ist im eherechtlichen Sinn weiterhin ein Bestandteil der ehelichen Gemeinschaft – und nur dort. In diesem Punkt hat sich das Recht nicht entwickelt.

Mit der Totalrevision des Scheidungsrechts (unter anderem auch aufgrund des geänderten Sexualverhaltens) wurde der besondere Scheidungsgrund des Ehebruchs aufgehoben. Das Recht rückte zudem vom Verschuldensprinzip ab und liess die Scheidung auf gemeinsames Begehren zu. Insofern wurde auf den Willen der Beteiligten Rücksicht genommen, womit das Recht wohl auch gelernt und anerkannt hat, dass die Ehe ihren Status als lebenslangen Bund verloren hat.³²⁹ Die (geschlechtliche) Treuepflicht blieb bestehen. Der Bund der Ehe, mit all seinen rechtlichen Wirkungen, sollte also weiterhin aufrechterhalten bleiben. Der

³²⁴ BGE 109 II 15 E. 1b S. 16 ff., wonach es «notorisch» ist, «dass diese Art des Zusammenlebens in jüngster Zeit zu einer verbreiteten und von der Gesellschaft (...) weitgehend tolerierten Erscheinung geworden ist».

³²⁵ Botschaft Ehewirkungen, S. 1241; ferner Voten Berichterstatter DILLIER (umschreibe «Sinn und Zweck der Ehe») und BR FUGLER («eine neue Strahlungskraft gewinnen»), AB 1981 N 56, 66, sowie Voten SCHALCHER («Bestimmungen über den Inhalt der Ehe, die anerkanntermassen zum Schönsten der Weltliteratur gehören»), FÜEG («Leitmotiv», «Stärkung der Familie» als Ziel der Vorlage»), FELGENWINTER («keinerlei Grund, von diesen damals wir heute überzeugenden Leitlinien abzuweichen»), MUHEIM («Das Leitbild nach wie vor das gleiche»), Berichterstatter GERWIG («Fortsetzung der Tradition», «Programmartikel des alten und wird der Leitartikel des neuen Rechtes sein»), AB S 1983 600, 601 ff., 603, 616, 624.

³²⁶ BRÄM/HASENBÖHLER, N 10 zu Art. 159 ZGB, HAUSHERR/REUSSER/GEISER, N 5, 15, 17, 20 zu Vorbemerkungen vor Art. 159 ff. ZGB, Verstärkung des Schutzes der ehelichen Gemeinschaft und Familie und wonach die Gebote der Ethik und Verkehrssitte zur Ergänzung und Auslegung der Vorschriften zu berücksichtigen sind.

³²⁷ BGE 122 I 139 E. 4c/bb S. 147; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N 6 zu Art. 159 ZGB.

³²⁸ BORNEMANN, S. 133.

³²⁹ HOTZ, S. 411.

Staat wird also nach wie vor dem Bundesgenossen oder der Bundesgenossin Glück wünschen, der oder die im Geist für die Heiligkeit des Ehebündnisses einsteht.

Wir erkennen aus dem Gesagten: Sexualität – selbst wenn sie damals mit keinem Wort explizit genannt wurde – wurde weitläufig aus einem Zusammenwirken von Natur, Sitte und Moral verstanden und war im Rahmen einer Ehe auf die Zeugung von Nachkommenschaft hin ausgerichtet. Was die Sexualität – auch wenn sie nicht namentlich genannt wurde – angeht, so wurde die Ehe – nur sie (!) – zum exklusiven Hort der Sexualität.³³⁰ Die Ehe sicherte und sichert ihren Zweck, die Sexualität und die daraus entstandenen Kinder, rechtlich ab.³³¹ Sind Nachkommen aus der sexuellen Liebe in der ehelichen Gemeinschaft entstanden, ist die Ehe damit «vollzogen», und die Ehe desexualisiert.³³² Wir sprechen hier einzig und allein vom Recht. Die Lebensrealitäten und Lebensstatsachen sehen bekanntlich anders aus. Wir wissen heute: Sexualität hat ihre Funktionen und Aufgaben über die Fortpflanzung hinaus mehr als erweitert.

Zwischen dem Erlass des ZGB 1907 und dem «neuen» Eherecht 1984 verstrichen 77 Jahre. Wenn das Recht und der Staat sich genau diesen gesellschaftlichen Verhältnissen und namentlich den Lebensrealitäten und unter Berücksichtigung der individuellen Persönlichkeiten annehmen, so dürfen wir hoffen, dass ein neues Eherecht nicht erst im Jahr 2061 – 77 Jahre nach 1984 – erlassen wird. Die «Ehe für alle» ist ein erster Schritt. Mag die herrschende rechtswissenschaftliche Lehre noch von einem tradierten Eherechtsbegriff ausgehen, worunter die Monogamie und die sexuelle Treue fallen, zeigen die Lebensrealitäten, aber auch die subjektiven Beweggründe, dass doch regelmässig Ehen eingegangen werden, obwohl die «klassische» Ehe spätestens seit Juli 2022 nicht mehr so stabil und selbstverständlich ist, wie das Gesetz im Kern meint.³³³

2.3. Die Verwandtschaft

Die Ehe galt – und gilt heute familienrechtlich noch – als der rechtliche [und auch sittliche?] Ort für Sexualität und «Geschlechtsgemeinschaft». Wir wissen, dass die Realität zweifelsfrei anders aussieht. Es gibt auch ein «ausserregisterliches Leben»;³³⁴ darauf wollen wir aber hier nicht weiter eingehen.

³³⁰ RUCKSTUHL/RYTEL, S. 47 f.

³³¹ WIENFORT, S. 11.

³³² Vgl. dazu die These DANNECKERS Ordnung, S. 9; in diesem Sinne wohl auch BUSCH, S. 123 a.E., wonach «mit Wirkungen bis ins Heute» Sexualität ohne Willen zum Kind in der christlichen Religion jahrhundertlang stigmatisiert war.

³³³ Siehe hierzu auch MAIER/SCHWANDER, N 5 f. zu Art. 159 ZGB.

³³⁴ Zit. nach mündlicher Aussage PETER BREITSCHMIDS.

Nach Art. 252 Abs. 1 ZGB entsteht das rechtliche Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt – *mater semper certa est* (lat.: die Mutter ist immer gewiss). Das rechtliche Kindesverhältnis zum (rechtlichen) Vater ist hingegen nicht immer sicher. Das Gesetz stellte aber mit Art. 252 Abs. 2 ZGB 1976 die gesetzliche (Vaterschafts-)Vermutung³³⁵ auf, wonach zwischen dem Kind und dem Vater das rechtliche Kindesverhältnis *kraft der Ehe der Mutter* begründet wird – *pater est, quem nuptiae demonstrant* (lat.: Vater ist, wer durch die Heirat als solcher erwiesen ist). Im Rahmen der Öffnung der Ehe für alle Personen erfuhr diese gesetzliche Vermutung eine redaktionelle Änderung, indem das rechtliche Kindesverhältnis zwischen dem Kind *und dem anderen Elternteil* kraft der Ehe der Mutter begründet wird (Art. 252 Abs. 2 ZGB).³³⁶

Mit anderen Worten geht das Gesetz weiterhin von der Vermutung und dem Grundsatz aus, ein Kind werde innerhalb der Ehe gezeugt (unter Berücksichtigung der Fortpflanzungsmedizin auf welchem Weg auch immer), mit anderen Worten: Während der Ehe fand Geschlechtsverkehr statt.

Einer der drei Grundgedanken des historischen Zivilgesetzbuches war die Erhaltung und Stärkung der Familie. Der Gesetzgeber war daher verpflichtet, der Kleinfamilie seine Aufmerksamkeit zu widmen. Gegen «alle der Familie und der Ehe feindlichen Bestrebungen unserer Tage» musste in der «Bildung einer engen, aber um so fester geschlossenen Familie» ein «Bollwerk» geschaffen werden. «Dieser Familie haben privatrechtlich mit intensiven Rechten und Pflichten die näheren Blutsverwandten und ausserdem der Ehegatte, d.h. die Ehefrau und Mutter, anzugehören.»³³⁷

Bis Ende 1977 wurde unterschieden zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern. Das eheliche, legitime «engste Band» entsprach den gesellschaftlichen Interessen und den Grundlagen der staatlichen Ordnung. Lag ein natürliches Verhältnis aber ohne die rechtliche Grundlage der Ehe vor, so stand der Gesetzgeber 1907 vor der Frage, in welchem Umfange und mit welchen Wirkungen diese ausserehelichen Beziehungen der ehelichen gleichzustellen sein.³³⁸ Während gegenüber der Mutter die volle Gleichstellung gewährt wurde, wurde diese gegenüber dem Vater relativiert. Zum einen gab es die Möglichkeit, eine familienrechtliche Beziehung herzustellen, sei es durch die Ehelicherklärung bei nachträglicher Eheschliessung mit der Mutter, durch Anerkennung durch den Vater oder durch richterliche Zusprechung mit Standesfolge, wobei letztere strenge Voraussetzungen kannte. Zum anderen

³³⁵ Art. 252 Abs. 1 ZGB 1907: «Ist ein Kind während der Ehe oder innerhalb einer Frist von dreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe geboren, so gilt es für ehelich.»

³³⁶ Bericht «Ehe für alle», S. 8611, 8628.

³³⁷ HUBER Erläuterungen 1914, S. 102.

³³⁸ HUBER Erläuterungen 1914, S. 238; Botschaft ZGB, S. 38 ff.

gab es die Möglichkeit, den biologischen Vater mittels Vaterschaftsklage zu einer Vermögensleistung zu verpflichten («Zahlvaterschaft»), ohne dass ein rechtliches Kindesverhältnis entstand.³³⁹ Die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit entsprach der Vorstellung eines ausgeprägten Gegensatzes von Wert und Unwert eines Kindes. Die Unterscheidung in eheliche und aussereheliche Kinder hatte einzig zum Ziel dieses «Bollwerk» zu stärken – garantierte sie doch den ehelich «entstandenen» Kindern ein Mehr an Rechtssicherheit im Gegensatz zu den ausserehelich gezeugten Kindern. Damalige gesellschaftliche Ansichten und Wertvorstellungen von der Religion, der Ethik, der Psychologie und der Soziologie begünstigten diese Sicht der Dinge.

Die Unterscheidung wurde mit der Revision des Kindesrechts 1976 aufgehoben. Das aussereheliche Kind sollte wegen der Umstände seiner Zeugung nicht «schuldig» sein und hatte nicht weniger als das eheliche Kind Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde. Seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 1912 fand auch in diesem Bereich, in der Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes und seiner Mutter, bedingt insbesondere durch die Weltkriege, ein gesellschaftlicher und geistiger Wandel statt, der auch die Familiennormen und die Auffassung über deren Ordnung betraf. Was das ursprüngliche Zivilgesetzbuch als selbstverständlich und unbestritten im Zeitgeist und vor dem Hintergrund der früheren kantonalen Rechte übernahm, galt aufgrund der zeitlichen Entwicklungen 1972 als überholt. Das Recht über die Ausserehelichkeit stand denn auch schon früh in der Kritik. Mit der Revision sollte die Ehe für die Gestaltung des Kindesverhältnis keine Bedeutung mehr haben. Der Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft wurde im Laufe der Zeit denn auch hinterfragt. Die Genetik und die Abstammungsgutachten wurden verbessert, «dass im Ernst nicht mehr davon die Rede sein kann, die freiwillige Anerkennung, ein Eheversprechen oder eine durch Verbrechen erlangte Beiwohnung biete höhere Gewissheit der Vaterschaft als das einfache Vaterschaftsurteil.»³⁴⁰ Rechtsgrund für die Zahlvaterschaft war die natürliche Abstammung, dennoch wurde die rechtliche Verwandtschaft ausgeschlossen. Das Kind blieb also familienlos. Es wurde deswegen auch moralisch benachteiligt, indem das rechtlich vaterlose Kind zu einem «eindimensionalen Menschen» im Sinne eines Einzelternkindes gestempelt, sozial diskriminiert, in seinem Selbstgefühl verletzt und gesellschaftlich gebrandmarkt wurde. Es sollte nicht mehr für die Fehler seiner Eltern büssen müssen. Nicht das aussereheliche Kind gefährdete die Ehe, sondern die aussereheliche Verbindung der Eltern. Und dadurch, dass die Standesfolge für «Ehebruch- und Blutschandekinder» sowie bei einem «schuldhaften» Verhalten der Mutter von Gesetzes wegen ausgeschlossen wurde,³⁴¹ hat

³³⁹ Art. 309 Abs. 1 und Art. 319 ZGB 1907.

³⁴⁰ Botschaft Kindesverhältnis, S. 15.

³⁴¹ Art. 304 und 315 ZGB 1907.

das Recht darüber hinaus dem Vater und seiner Familie einen Schutz zugestanden, der der Mutter und ihrer Familie versagt blieb. Der Mann durfte sich eher Verstösse gegen die eheliche Treuepflicht oder Pflicht zur sexuellen Zurückhaltung leisten als die Frau, sowohl vor als auch in der Ehe. Die Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern war aus all diesen Gründen nicht mehr gerechtfertigt.³⁴²

Die Bindung der Sexualität an die Fortpflanzung in der Ehe war zu Beginn des 20. Jahrhunderts funktional. «Zur Weitergabe ihres angewachsenen Besitzes (an Macht, Geld, Land, Häusern) brauchte die bürgerliche Gesellschaft legitime Erben; und deren Legitimität sicherte sie durch die eheliche Geburt». Diese Gesellschaft war also an der Selbstbeherrschung ihrer Mitglieder und Sicherung der Familienzugehörigkeit sowie der Generationenfolge massgeblich interessiert.³⁴³ Es ging auch hier um Geld, Macht und Besitz: «Selten ist der Komplex von Liebe, Ehe und Elternschaft als kommerzielle Transaktion offener, unverblümt und brutaler ausgesprochen worden als hier.»³⁴⁴ Die Rechte der Kinder wurden zwar mit dem Erlass des ZGB gegenüber früheren kantonalen Rechten durchaus erhöht,³⁴⁵ indem der leibliche Vater zu einer Unterhaltszahlung verpflichtet werden konnte. Ein aussereheliches Verhältnis wurde trotzdem mit zweierlei Mass gemessen. Den Vätern wurde Sexualität zwar zugestanden, sie konnten sich gegenüber einer familienrechtlichen Verantwortung «freikaufen». Die Mütter blieben mit dem Kind allein zurück.

Die Verbesserung der Rechtsstellung der Kinder unabhängig von der Ehe der Eltern 1976 war nur folgerichtig. Gesellschaft und Recht wurden zunehmend liberaler und offener in Bezug auf Kinder. Diese avancierten sowohl gesellschaftlich als auch rechtlich als unabhängige Personen mit eigenen Rechten und Interessen, eigenen Wünschen und eigenem Willen, wurden so wahrgenommen und auch akzeptiert.³⁴⁶ Und dennoch: nach geltendem Recht gilt die Vermutung der «ehelichen» Kinder.

2.4. Die Vormundschaft

«Das Wesen eines Rechtsgebietes und eines Rechtsinstituts ergibt sich aus der Funktion, die diese im Rahmen der Rechtsordnung zu erfüllen haben. Der Zweck ist der Schöpfer des Rechts. Das positive Recht hat instrumentalen Charakter. So muss denn auch bei der Suche nach dem Wesen des Vormundschaftsrechtes von der Frage ausgegangen werden: *Wozu dient dieses Recht?*»³⁴⁷

³⁴² Zum Ganzen KÖRBER/STEINEGGER, S. 74 f., m.w.H.; DUNCKER, S. 1011.

³⁴³ DUNDE, S. 247, 262.

³⁴⁴ BORNEMANN, S. 147 f., 212.

³⁴⁵ HUBER Erläuterungen 1914, S. 239.

³⁴⁶ KÖRBER Gedanken, S. 406.

³⁴⁷ SCHNYDER/MURER, N 1 zu Systematischer Teil, Hervorhebung im Original.

Man könnte bezüglich des historischen Vormundschaftsrechts eine eigene Monografie verfassen. Es soll indes nur punktuell veranschaulicht werden, wie das Recht ebenfalls hier von einem Ideal einer sittlichen Gesellschaftsordnung ausgegangen ist. Daher ging es auch dem ehemaligen Vormundschaftsrecht darum, dass «*bestimmte Lebenssachverhalte eine bestimmte Ordnung (Regelung) erfahren.*» Und diese Lebenssachverhalte waren bestimmte Schwächezustände von Personen, die selbst nicht in der Lage waren, diesen Zustand eigenständig durch einen Ersatz auszugleichen.³⁴⁸

Das Vormundschaftsrecht gehörte neben der Ehe und der Verwandtschaft, also dem Eltern-Kind-Verhältnis, deshalb zum Familienrecht, weil es aus der Familie herausgewachsen ist und weil es auch um die Sorge von schutzbedürftigen Personen handelt.³⁴⁹ Das gilt umso mehr für die Prinzipien des ehemaligen Vormundschaftsrechts, an welchen sich der Rechtsanwender oder die Rechtsanwenderin zu halten hatte. Diese gesetzgeberischen Grundgedanken und Gesichtspunkte sind entsprechende Leitplanken und dienen auch als Auslegungshilfe. Hauptzweck war vor allem der Schutz der geschwächten Person. Und dennoch ging das Vormundschaftsrecht genauso von einem Schutz der Familie aus.³⁵⁰ Dies zeigte sich anschaulich am Beispiel von aArt. 370 ZGB, der die Entmündigung wegen Verschwendung, Trunksucht und lasterhaften Lebenswandel regelte. Solche Personen waren schon deshalb zu entmündigen, «weil sie aufgrund eines dauerhaften, charakterbedingten Mangels an Verstand oder Willen zu ihrer *Daseinsgestaltung* individuell oder im Rahmen der Familie und der Gesellschaft dauernd *nicht in der Lage sind* und nicht weil ihr Verhalten moralisch-ethisch verwerflich wäre.»³⁵¹ In den Worten des Bundesgerichts galt als lasterhafter Lebenswandel «ein unmoralisches, gewohnheitsmässiges, auch für die Zukunft zu befürchtendes Verhalten einer Person, das in erheblichem Mass gegen die Rechtsordnung oder die guten Sitten verstösst. Mit der Umschreibung ‹lasterhafter Lebenswandel› will das Gesetz diejenigen Personen erfassen, die sich nicht in die menschliche Gesellschaft einordnen können oder wollen.»³⁵² Doch gerade hinsichtlich des lasterhaften Lebenswandels, der einem Verhalten entsprach, welches gegen die rechtlichen und sittlichen Anforderungen versties, zeigte sich, dass der Gesetzgeber auch den Schutz der Familie und Dritter verfolgte, weil eine solche Person dem geschriebenen und ungeschriebenen Recht schadete. Die moralisch-sittliche

³⁴⁸ SCHNYDER/MURER, N 16 zu Systematischer Teil, Hervorhebung im Original.

³⁴⁹ SCHNYDER/MURER, N 55 zu Systematischer Teil, m.w.H.

³⁵⁰ SCHNYDER/MURER, N 243 f. zu Systematischer Teil; so insbesondere aArt. 370 ZGB: «Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die durch Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandel oder durch die Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung sich *oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt*, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet.», Hervorhebung nur hier.

³⁵¹ SCHNYDER/MURER, N 18 zu [a]Art. 370 ZGB, Hervorhebung im Original.

³⁵² Urteil des Bundesgerichts 5A_540/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 3.2, m.w.H.

Integrität der Familie und Dritter galt es ebenso zu schützen.³⁵³ Dies galt namentlich bei «sektoriellen» Abirrungen bezüglich des sexuellen Verhaltens, bei Verstoss gegen Recht und Sitte in erheblichem Mass, wer z.B. eine Abtreibung verursachte, sich drei Jahre lange hemmungslos als Dirne betätigte oder ein Mann, der 30 Jahre lang unzüchtige Handlungen mit Männern und Knaben beging.³⁵⁴ Eine nicht der gesellschaftlichen Norm entsprechende Sexualität vermochte gemäss ZGB einen lasterhaften Lebenswandel zu begründen. Aber auch Trunksucht, Verschwendung, Geistesschwäche oder Geisteskrankheit waren Grund genug, entmündigt zu werden. Es lässt sich nicht anders formulieren. Menschen wurden unerbittlich der «Diktatur von Perfektionsidealen» unterworfen.³⁵⁵

Nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Familienrecht, jedoch im Zusammenhang mit den früheren kantonalen Sozial- und Armenrechten und den Fürsorgerischen Zwangsmassnahmen zeigte sich, wie auch diesbezüglich das Recht von einem Idealbild der Sexualität der Frauen ausging, wenn sie minderjährig, ledig oder geschieden waren und ein Kind zur Welt brachten. Als familienlos galt in der damaligen gesellschaftlichen und geistigen Vorstellung insbesondere ein Kind, das ausserehelich geboren oder zwar innerhalb der Ehe geboren, aber im Ehebruch empfangen wurde oder wegen Scheidung oder Tod der Eltern ohne Familie war. Diese Kinder waren gemäss damaliger Vorstellung «in besonderem Mass gefährdet». Das in vielen Fällen durch eine Adoption entstandene Eltern-Kind-Verhältnis wurde so umfassend und ausschliesslich gestaltet, wie es das der eigenen Kinder wäre. Dem familienlosen Kind musste ein umfassender Schutz gewährt werden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der damals vorherrschenden gesellschaftlichen Strukturen und der Idealvorstellungen an die bürgerliche Kleinfamilie: die Einheit von Leib und Dach und Namen. Vor allem die Ideologie der Mutterschaft wurde deswegen durch verschiedene Kernerwartungen geprägt. Die Mutterschaft wurde verstanden als das natürliche, gewollte und höchste Ziel aller «normalen» Frauen. Es wurde erwartet, dass die Frau die volle Verantwortung für ihre Kinder innerhalb der traditionellen, ideologisch dominanten Kernfamilie von Ehemann, Ehefrau und gemeinsamen Kindern zu tragen habe. Der Ursprung für dieses Familienideal lag auch bereits in der erweiterten Sozialkontrolle im 20. Jahrhundert. Die beschriebenen Werte und Normen entsprossen verschiedenen Quellen. Insbesondere ergaben sie sich durch die kulturelle Orientierungskrise Ende des 19. Jahrhunderts, gefolgt von den Erschütterungen der Weltkriege sowie der nach dem 1. Weltkrieg folgenden, verheerenden Weltwirtschaftskrise, die die ökonomische Grundfeste erschütterte und weite Kreise in die soziale Not trieb. Man suchte – aus verständlichen Gründen – nach traditionellen Werten, die Halt

³⁵³ Urteil des Bundesgerichts 5A_540/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 4.2.

³⁵⁴ SCHNYDER/MURER, N 9, 125 f., 131 ff. zu [a]Art. 370 ZGB.

³⁵⁵ DUNDE, S. 263.

und Geborgenheit vermittelten oder diese zumindest suggerierten. In dieser tiefgreifenden Krise reflektierte sich die Verwundbarkeit der neuen Industrie- und Klassenordnung. Mithin wurde alles suspekt, was ausserhalb der festgelegten Normen lag; nonkonforme Lebensformen und Familienkonstellationen wurden als verunsichernd eingeschätzt und als grundsätzliche Bedrohung betrachtet, vor der man sich schützen musste. Der ethische Irrtum der Eugenik verstärkte die Geisteshaltung, die «minderwertige» Herkunft als Problem für die Nachkommen zu verstehen. War das Kind nicht in einer Normfamilie eingebettet oder gar familienlos, galt es als gefährdet und bedurfte zwangsläufig einer staatlich geregelten Fürsorge. Die Adoption mit ihren vollen Wirkungen sollte deswegen – im Sinne des Kindeschutzes – das traditionelle Familienbild durch einen Rechtsakt wieder entstehen lassen.³⁵⁶

Das ehemalige Vormundschaftsrecht wurde 2008 durch das geltende Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in Kraft seit 2013, totalrevidiert. Das Individuum, dessen Selbstbestimmung über das Leben, als auch die Solidarität der Familie wurden in den Vordergrund gerückt.

3. Zusammenfassung und Würdigung

Recht will ordnen, steuern und – in gewisser Hinsicht – aufklären. Recht versucht ein Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen, in dem jede Person ihre Aufgabe erfüllen kann. Das Familienrecht schafft durch eine Personenverbindung zu persönlichen Zwecken eine eheliche Lebensgemeinschaft, deren Inhalt sich aus Natur, Sitte und Moral ergibt, wozu sich insbesondere die Pflicht zu Treue und Beistand ergibt. Das Familienrecht fasst durch das engste Band zwischen Eltern und Kindern die Familie zusammen. Sie ist Grundlage der Gesellschaft und des Staates. Die Familienrechtsordnung hat insofern ein Interesse daran, für den Zusammenhalt der Gesellschaft und der Individuen zu sorgen. Es lässt sich aber nicht leugnen, dass die Gesellschaft sich permanent wandelt und die Persönlichkeit jedes Individuums vermehrt in den Vordergrund gegenüber dem Interesse des Staates rückt, dessen Rolle also zumindest partiell schmälert und relativiert. Die historische Bewertung des Eherechts zeigt aber auch, dass es zwar gelungen ist, gewisse Rechte von Ehemann und Ehefrau im Sinne der ersten von den drei «aufklärenden» Richtungen gemäss HUBER gleichzustellen oder ausserehelichen Kindern minimale Rechte zuzugestehen, doch letztlich stand die historische Gesetzgebung trotz weltlichem Anspruch weiterhin in der Linie der christlichen Tradition.³⁵⁷ Die Ehe wurde im Verlaufe der Revisionen den gesellschaftlichen Anschauungen

³⁵⁶ Zum Ganzen KÖRBER/STEINEGGER, S. 62 f.

³⁵⁷ Siehe auch DUNCKER, S. 1087, der den männlichen Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts, die ein Familienrecht für das 20. Jahrhundert erliessen, «Ignoranz gegenüber dem erkennbaren Wandel der Ehe und des Frauenbildes» vorwirft; BUSCH, S. 123.

zwar angepasst, sie blieb im Kern aber unverändert das Band zweier Menschen zu einer dauernden Gemeinschaft.

Der Staat ist sich jedoch auch folgendes bewusst: Bei jedem Gesetzgebungsakt handelt es sich um ein (Sozial-)Experiment. Denn Rechtsetzung ist von sich aus immer mit einer Unsicherheit behaftet. Sie ist darin begründet, dass die gesellschaftlichen Lebensbereiche und Werte sich ändern können und sich auch tatsächlich ändern.³⁵⁸ Dies gilt insbesondere für das Familienrecht, das seit den 1970er-Jahren über mehrere Etappen hinweg versucht, traditionelle, moderne, neue, alternative oder andersgeartete Lebensformen, Verbindungen und Realitäten zwischen Menschen mittels politischen Konsenses positivrechtlich abzubilden. Gesellschaft und Recht wurden zunehmend liberaler und offener.³⁵⁹ Das ist zu zweifelsohne zu begrüßen und reflektiert die sich öffnende Gesellschaft ganz allgemein.

Doch folgende Frage drängt sich auf: Ist der Umgang des Rechts mit Sexualität am Beispiel des Familienrechts derart kompliziert und problembehaftet oder einfach «nur» schwierig, wie im Titel dieser Masterarbeit erwähnt, zumal Sexualität bis heute nicht erwähnt ist? Dem Juristen oder der Juristin wird immer das Etikett anhaften, sich nicht konkret zu äussern, eben im relativierend-unverbindlichen Sinne von: «es kommt darauf an». Der Umgang des Rechts mit Sexualität im Familienrecht ist aber möglicherweise einfacher als man *a prima vista* denken könnte. Dies dürfte für den Umgang des Rechts mit der menschlichen Sexualität gerade deshalb zutreffen, denn sie setzt die Sexualität stillschweigend in der Ehe voraus und definiert *qua* Treuepflicht auch ihre Grenzen.

Unbestrittenermassen befindet sich auch die Ehe im Umbruch und ist damit Spiegelbild tiefgreifender sozialer, gesellschaftlicher und ökonomischer Verwerfungen. Liebe, Ehe und Elternschaft sind zu einem dreidimensionalen Gebiet mit multiplen, sich ständig verändernden Möglichkeiten geworden. Das Monopol der Ehe als alleiniges Modell des Zusammenlebens zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts zum Hervorbringen von Nachwuchs wurde gesprengt oder zumindest in Frage gestellt. Eheähnliche Gemeinschaften unterschiedlichen und gleichen Geschlechts, mit oder ohne Kinder, in einer gemeinsamen Wohnung oder getrennt (Stichwort: *living together apart*), alleinerziehend oder in einer Patchworkfamilie prägen das Bild der Gesellschaft heute. Will eine neue oder anders geartete Ehe Zukunft haben, sind die Freiheit sowie sexuelle und körperliche Selbstbestimmung jeder einzelnen Person unabdingbare Bedingungen.³⁶⁰

³⁵⁸ KÖRBER Rechtsetzung, S. 386, m.w.H.

³⁵⁹ KÖRBER Gedanken, S. 406.

³⁶⁰ WIENFORT, S. 300, 303; gl.M. HOTZ, S. 433.

Zwar haftet dem Schweizerischen Familienrecht im Geist bis heute ein Ideal an, das bei weitem nicht mehr dem Kern der gesetzgeberischen Grundgedanken entspricht. Dem Gesetzgeber war 1907 bereits bewusst, dass gewisse Rechtsinstitute des Familienrechts ihrer «Natur nach wesentlich den privaten Interessen»³⁶¹ dienen. Spätestens seit den 1970er-Jahren ist auch in der Schweiz die feste Partnerschaft ohne die Ehe eine gesellschaftlich relevante Form des zwischenmenschlichen Zusammenlebens geworden genauso wie die Organisation der Sexualität jeder einzelnen Person, zweier Personen oder auch mehrerer bezüglich der individuellen Persönlichkeit und Privatsphäre. Die Familie wie auch die Sexualität haben ihre Funktionen und Aufgaben längst erweitert und erneuert. Das Familienrecht scheint mit dieser Entwicklung nicht ganz Schritt zu halten. Es herrscht vielmehr der Eindruck vor, dass beim Umgang des Familienrechts mit Sexualität immer noch eine eingeschränkte Toleranz besteht. Auch das Thema an sich wird, wenn auch weniger ausgeprägt als früher, tabuisiert. Das auf Definitionen angewiesene Recht bekundet denn auch Mühe auf dem Terrain, das in grossen Teilen undefinierbar, geschwiege denn kaum gesetzlich zu normieren ist, denn es betrifft und behandelt Aspekte, die einzigartig, vielfältig und individuell sind und den Menschen in seinem innersten intimen Kern betreffen. Noch schwieriger wird es bei der Festlegung von Normen für das Zusammenkommen zweier Menschen, wenn sie einen gemeinsamen Weg gehen wollen. Es gibt in diesem Zusammenhang kein richtig oder falsch, sondern eine Vielzahl valabler Formen – ein Umstand, dem sich das heutige Recht bewusst ist. Aber «jeder Mensch in unterschiedlichen Kontexten [hat] auch unterschiedliche Identitäten»³⁶². Auch die mit Familienplanung verbundene (Paar-)Sexualität sind heute individuelle Lebensbereiche und implizit weiterhin Bereiche gesellschaftlicher und rechtlicher Reglementierung.³⁶³ Vieles wird mit dem Hinweis kommentiert, dass es letztendlich «natürlich» ist. Gewiss bildet der Mensch einen Teil der Natur, auch wenn er sich dieses Umstandes nicht immer bewusst ist.

Zu bedenken ist ferner, dass das Strafrecht seit den 1990er-Jahren bei der Normierung des Sexuellen erwachsener Personen vom Grundsatz und dem zu schützenden Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ausgeht. Vom Schutz der Allgemeinheit und der Sittlichkeit wurde hingegen klar Abstand genommen. Mithin scheint es, dass die Familienrechtsordnung bis heute weiterhin von der Aufrechterhaltung der Gesellschaft und dem Schutz und der Stärkung der Familie ausgeht. Mit anderen Worten: die traditionelle Sittlichkeitskonzeption mit ihrer Doppelmoral wurde nicht einfach verabschiedet, sie spielt immer noch eine

³⁶¹ Botschaft ZGB, S. 11 f.

³⁶² PLETT, S. 66, in Bezug auf sexuelle Identitäten; was meines Erachtens auch die allgemeine Frage der menschlichen Sexualitäten betrifft.

³⁶³ BUSCH, S. 128.

Rolle.³⁶⁴ Neben der Familienrechtsordnung liefen genauso auch andere Rechtsgebiete ein tradiertes Verständnis von Sexualität und Familie, der heute nicht mehr alle entsprechen können und wollen.³⁶⁵ Wir kennen und praktizieren Selbstbestimmung in vielen Lebensbereichen, warum nicht auch Selbstbestimmung in der Sexualität und im eigenen Selbst?

Denn ohne diese Grundvoraussetzung des einzelnen Menschen, also die Bestimmung über sein (intimes) Selbst, bleibt die Selbstbestimmung eine Illusion. Dies ganz in Anlehnung an das Diktum ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDES: Der freiheitliche, säkularisierte Staat, wie die Schweiz sich versteht, lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.

Kurz gesagt: Den (wahren) liberalen (Rechts-)Staat und das Recht geht es heute nichts mehr an, wer mit wem eine Partnerschaft eingeht, wie wir Sexualität leben oder auch nicht. Möchten sich zwei oder noch mehr Personen rechtlich binden, so definieren *sie* ihren Zweck und Inhalt ihrer Verbindung. Ihnen sind minimale rechtliche Sicherheiten zur Verfügung zu stellen und es braucht andere rechtliche «Abhilfsmittel» bei Uneinstimmigkeiten oder für den Fall einer Trennung. Und schliesslich soll das Wohl Dritter, namentlich von Kindern, gewährt und Rechtssicherheit ermöglicht werden.³⁶⁶ Damit dürfte die Frage HOTZ' beantwortet sein, worin das damalige historische Ziel der staatlichen Eherechtsordnung lag und worin es heute liegt und morgen liegen sollte:³⁶⁷ Die Antworten liegen auf der Hand: In der Vergangenheit in der Aufrechterhaltung von Staat und Gesellschaft als aus Natur, Moral und Sitte vorgegebenem natürlichem und sozialem Tatbestand, in der Zukunft hingegen Gewährleistung der individuellen Autonomie und Entfaltung der Persönlichkeit aus Wertepluralismus, Liberalismus und Humanismus. Dies – und nur dies – garantiert die entsprechende Würde des Menschen um seiner selbst willen. Der Staat und das Recht sind herausgefordert angesichts dieser nicht einfachen Aufgabe. Darauf einzugehen, ist allerdings nicht Teil der vorliegenden Masterarbeit.

Und noch ein kurzes Statement betreffend Sexualität im Besonderen und im Allgemeinen: Sie muss frei von allen Zwängen sein: «Vor allem in der Ehe muss die Freiheit [...] uneingeschränkt und vollumfänglich gelten; das Herz muss sozusagen zwangslos atmen können während einer Handlung, an der es so sehr beteiligt ist: Die süsseste aller Handlungen muss deshalb auch die freieste sein.»³⁶⁸

³⁶⁴ HOLZLEITHNER, S. 35.

³⁶⁵ ZINSMEISTER, S. 72

³⁶⁶ Siehe auch MAIER/SCHWANDER, N 4 zu Art. 159 ZGB, die in einer pluralistischen Gesellschaft drei Gesichtspunkte für staatliche Eherechtsregelungen für legitimierbar halten, und ROTHER, S. 513, der die Aufgabe des Privatrechts in der «Wahrung der dem einzelnen Vertragsverhältnis und Rechtsvorgang immanenten Gerechtigkeit» sieht und nicht die rechtliche oder moralische Beurteilung des Inhalts eines Rechtsgeschäftes.

³⁶⁷ HOTZ, S. 435.

³⁶⁸ JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, zit. nach KLEINBECK, S. 8, m.w.H.

Teil III: Zum Dialog zwischen der Sexualwissenschaft und der Jurisprudenz

«Das Wissen um Wesen und Formen der Sexualität weist die Rechtsordnung nicht als unwissenswert zurück; im Gegenteil; sie wird bestrebt sein, an den Erkenntnissen teilzunehmen, um die menschliche Ordnung, die eine richtige und gerechte sein soll, nach diesen Erkenntnissen zu gestalten.»³⁶⁹

DANNECKER/SCHORSCH bringen es auf den Punkt: Nach ihnen besteht «eine ausgeprägte Scheu der Sexualwissenschaftler, sich mit dem Strafrecht zu befassen, wie auch eine Skepsis der Juristen gegenüber den Positionen der Sexualwissenschaft. (...) Die spezifische Schwierigkeit liegt vor allem darin, dass beide ein Verständnis, ein Konzept von Sexualität haben – die Sexualwissenschaft explizit, das Strafrecht implizit –, das grundverschieden und daher inkompatibel ist und kaum Verständnismöglichkeiten offenlässt.»³⁷⁰ Was die beiden namentlich im Zusammenhang mit dem Strafrecht vorbringen, dürfte nicht weniger für das Familienrecht oder allgemein für das Recht gelten. Das Recht und die Rechtswissenschaft auf der einen Seite, die Sexualität und die Sexualwissenschaften auf der anderen Seite stehen in einem Spannungsverhältnis. Die qualitative Differenz ist schon aufgrund unterschiedlicher Handlungs- und Erkenntnisinteressen nicht aufhebbar.³⁷¹ Denn Rechtswissenschaft arbeitet vornehmlich mit Definitionen; sie schafft Kategorien, Strukturen und setzt Rahmen. Das Familienrecht kanalisiert in abstrakter Weise Lebenssachverhalte, ist sich aber durchaus, oder zumindest implizit bewusst, dass dies auf Widerstand stossen kann.

Wie wir gesehen haben, ist Recht und ihre Ordnung auf die Rechtsidee hin ausgerichtet, Recht will das Verhalten der Menschen regeln und dafür mit positivem Recht einen Rechtszustand vorzeichnen. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Sexualität vermag dieses Phänomen nicht zu definieren, sondern belässt es vielmehr dabei, was die einzelnen Individuen darunter verstehen.

Wie soll bei dieser Ausgangslage die Rechtsordnung an den sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen teilnehmen können, um sie auch nach diesen zu gestalten (die Frage, ob sie

³⁶⁹ BADER, S. 19.

³⁷⁰ DANNECKER/SCHORSCH, S. 137.

³⁷¹ DIES., S. 141.

richtig und gerecht sein soll, überlassen wir gerne den Rechtsphilosophen und Rechtsphilosophinnen)? Was kann die Sexologie von der Jurisprudenz lernen oder erwarten?

Im Folgenden wagen wir den Versuch, in der Verbindung einer trockenen Ordnung des Sollens mit einer lebendigen Ordnung des Seins einen fruchtbaren Boden zu erzeugen. Dies um die Neugier der Juristenzunft unterhalb der oberflächlichen Ordnung zu wecken und der Zunft der Sexualwissenschaftler oder Sexualwissenschaftlerinnen einen Blick von den Tiefen des Lebens auf die Ideen des Rechts zu erlauben.

1. Sexualität ist politisch. Politisch ist das Recht.

Nochmals sei darauf hingewiesen: In gewisser Weise treffen zwei gegensätzliche Prinzipien aufeinander. Hier die Ordnung des Seins – wie der Mensch einmal ist und bleiben wird; dort die Ordnung des Sollens – wie das Zusammenleben der Individuen und der Gesellschaft vorgestellt wird.³⁷² Andersrum: Die Sexualwissenschaft ist insofern explizit, weil sie vom Leben der Menschen her denkt; Sexualität ist menschlich, unberechenbar, launenhaft, ekstatisch. Das Recht sieht den Menschen implizit³⁷³ und geht von einem Normgefüge über den einzelnen Menschen aus. Der Dialog ist daher alles andere als einfach. Mehr noch: die Sexualwissenschaft kann sich nicht an der Gesetzgebung beteiligen, ohne ihre Identität als kritische Wissenschaft einzubüssen.³⁷⁴

Die «grossen Linien» der weitreichenden Veränderungen³⁷⁵ seit Mitte des 20. Jahrhunderts in Sachen Sexualität sind gezogen und werden weiter gezogen. Sie müssen, wie HEINZ-JÜRGEN VOSS zu Recht konstatiert, von den Geisteswissenschaften, aber meines Erachtens auch von den Sozial-, Wirtschafts- und Rechtswissenschaften reflektiert werden. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Sexualitäten der Menschen ist Bestandteil einer Sexualpolitik – daran muss die Sexualwissenschaft notwendigerweise teilhaben.³⁷⁶ Der Staat – auch wenn er es nicht einzugestehen mag – hat durchaus ein Interesse an einer Sexualpolitik, «verpackt» er die Sexualität doch unter die Familienpolitik, Gesundheitspolitik oder Bildungspolitik und verweigert so den expliziten, weiterführenden Diskurs. Denn – so die weitläufige liberale Meinung des Staates – das Intimste des privaten Lebens der Menschen sollte frei von politischen Einflüssen sein. Sexualpolitik entspricht aber gerade nicht die Dichotomie – weder öffentlich noch privat; ganz im Gegenteil. «Sexualität, Geschlechtlichkeit, und

³⁷² In Anlehnung an BADER, S. 14.

³⁷³ BADER, S. 15 f., erblickt abgesehen vom offensichtlichen (Sexual-)Strafrecht im Medizinrecht die explizite Auseinandersetzung des Rechts mit der menschlichen Sexualität, in dem sich hier die Rechtsordnung «den Folgeerscheinungen ihre Aufmerksamkeit widmet».

³⁷⁴ DANNECKER Verhältnis, S. 81 f., 83.

³⁷⁵ VOSS, S. 13.

³⁷⁶ SIGUSCH Suche, S. 11.

Fortpflanzung sind eben keine individuellen, sondern weitgehend gesellschaftlich [und politisch] bestimmte Verhältnisse». ³⁷⁷ In gewisser Weise haben es sich der Staat und das Recht einfach gemacht, mit der Entlastung des Diskurses von tiefer Thematisierung des Sexuellen, in die Intimsphäre der Rechtsunterworfenen direkt einzutreten. Der liberale Rechtsstaat betrachtet das als sein Selbstverständnis. ³⁷⁸ Er tut es aber trotzdem; indem Art. 14 BV die Institutsgarantie der Ehe gewährleistet und an diese Gewährleistung etliche Privilegien der ehelichen Gemeinschaft gegenüber anderen knüpft. Das staatliche und durch ihn rechtlich abgesicherte Bollwerk hat bis heute kaum an seiner Strahlungskraft eingebüsst. Es hat sich früher gezeigt und zeigt sich vor dem Hintergrund der sexualwissenschaftlichen Lehre bis heute, dass Sexualität nicht normierbar ist. Vielmehr wird ein starrer Rahmen gesetzt, innerhalb dessen nur die wichtigsten Grundsätze geregelt werden. Das ist so weit auch vertreten und akzeptierbar.

Sexualität ist politisch. Und politisch ist das Recht. Der Paradigmenwechsel vom Schutz der Sittlichkeit und Moral zum Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht ist vollzogen, und die Sexualität wurde zur Sache des Privaten. Das Familienrecht vermochte diesen Paradigmenwechsel indessen noch nicht vollständig umzusetzen. Gewiss liessen namentlich das neue Scheidungsrecht und spätestens die «Ehe für alle» weitere Freiheiten zu. Letzten Endes bleibt es aber bei der Ehe und bei einer Familienpolitik, die an den tradierten, aus der kirchlichen Lehre und dem Bürgertum des 19. Jahrhunderts hervorgegangenen Werten und Idealen festhält. Politisch ist Sexualität insofern, als sie zwar privat gelebt wird, doch durch ihre starke Kommerzialisierung im öffentlichen Leben allgegenwärtig ist und ständig an Terrain gewinnt. Sexualitäten sind zu einem «gesellschaftlichen Schlachtfeld» geworden; die Pluralisierung der Gesellschaft schafft Freiräume und Möglichkeiten, aber genauso auch Ängste und mitunter Aggressionen. ³⁷⁹ Dass eine rechtliche, soziale und weltliche Ordnung vonnöten ist, dürfte niemand bestreiten. Niemand will in einem rechtsfreien und anarchistischen Staat leben. Der ausgeprägte «moderne» Individualismus bringt Herausforderungen, Unsicherheiten und Vulnerabilitäten mit sich. Gerade die Rechtswissenschaft und die Politik täten aber gut daran, sich die Vielzahl von Forderungen der Menschen zu stellen, «denn in ein produktives Gespräch [...], insbesondere mit anderen Disziplinen und transdisziplinären Wissenschaften, muss der Rechtsdiskurs erst noch eintreten.» ³⁸⁰

³⁷⁷ DUNDE, S. 269 f.

³⁷⁸ LEMBKE, S. 7, wonach die Faustregel gilt, umso privater oder gar intimer, desto grösser die staatliche Zurückhaltung.

³⁷⁹ LEMBKE, S. 22.

³⁸⁰ LEMBKE, S. 23 a.E.

Die Schweiz entschied sich bereits mit der Erarbeitung des Zivilgesetzbuches für einen Sonderweg. Während sich in Deutschland sexualwissenschaftliche Gesellschaften und Institute am sozialen und politischen Diskurs beteiligten, beschritt die Schweiz den pragmatischeren Weg. Er fusst weniger auf dem obrigkeitsstaatlichen Denken als vielmehr auf der direkt-demokratischen Staatsraison der Schweiz. Durch die vierteljährlichen Volksabstimmungen werden in sozial- und gesellschaftspolitischen Vorlagen Fragen zu Sexualitäten implizit oder explizit debattiert. Insofern steht in der Schweiz der Kanal der direkt-demokratischen Debatte schon aufgrund der direkt-demokratischen Struktur immer offen. Direkte Demokratie und Partizipation allerdings benötigen Zeit und wirken retardierend. In dieser Beziehung ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zuzustimmen, dass die Eintragung einer deutschen Zivilstandurkunde, welche die Streichung der Geschlechtsangabe in weder männlich noch weiblich auswies, im schweizerischen Personenstandsregister verweigert wird.³⁸¹ Damit hätte die Schweiz ohne vorgängigen gesellschaftspolitischen Diskurs die binäre Geschlechterordnung «durch die Hintertüre» aufgebrochen. Der Verweis des höchsten Gerichts auf die jüngere parlamentarische Debatte aus dem Jahr 2020 zeigt, dass einstweilen die geltende Geschlechterordnung beibehalten werden sollte und daher ein Verzicht auf einen Geschlechtseintrag unzulässig sei.³⁸² Es ist also nicht so, dass die Sexualitäten der Bevölkerung im politischen Diskurs nicht von Belang sind. Im Gegenteil: Diskussionen finden sehr wohl statt.³⁸³ Und vor dem Hintergrund, dass die Reproduktionsmedizin die Ehe seit längerem entlastet hat,³⁸⁴ steht auch das Familienrecht vor nicht unwesentlichen neuen Fragen, die das Private und Intime der Menschen – vor allem dieser «erzeugten» Kinder – betreffen. Hier sind Politik und Recht (und Sexualwissenschaft) gefordert³⁸⁵, zukunftsfähige Lösungen auf dem bereits beschrittenen Weg zu finden.³⁸⁶

Hier muss und darf auch die Sexualwissenschaft in den Dialog treten und die Diskussionen mitgestalten, um produktiv zu sein.³⁸⁷ Ihre Auffassungen von den Sexualitäten und ihre relevanten wissenschaftlichen Erkenntnisse soll sie durchaus in der öffentlichen Debatte

³⁸¹ BGE 150 III 34 (Urteil vom 8. Juni 2023).

³⁸² BGE 150 II 34 E. 3.4.4 S. 40; die gesellschafts-politische Debatte steht erst am Anfang, wobei sich der Bundesrat im Bericht vom 21. Dezember 2022 bereits gegen die Einführung eines dritten Geschlechts ausgesprochen, weil die gesellschaftlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

³⁸³ Beispiel: Der Sieg der Schweiz mit NEMO am *Eurovision Song Contest*.

³⁸⁴ SCHMIDT Grosse, S. 64.

³⁸⁵ Siehe auch BUSCH, S. 147, wonach bei Familienplanung und Sexualität sinnvoll zu fragen ist: «Was ist Gegenstand von öffentlichen und wissenschaftlichen Debatten, welche Dispositive liegen dem zugrunde, wie verändern sie sich in Abhängigkeit von dominierenden gesellschaftlichen Werten und Normen, politischen, kulturellen und religiösen Deutungshoheiten und deren juristischen Ausdrucksformen?»; siehe auch Lembke, S. 19, wonach der Wandel, die Persistenz von Geschlechterrollen und normierter Sexualität «die wissenschaftliche Erfassung, politische Aktion und rechtliche Regulierung vor erhebliche Herausforderungen» stellen.

³⁸⁶ Laufendes Rechtssetzungsprojekt «Elternschaft und Abstammung».

³⁸⁷ VOSS, S. 15; gl.M. wohl auch bereits ROTHER, S. 513.

mitteilen.³⁸⁸ Sie soll sich nicht nur als fachlich, sondern genauso auch als «fachpolitisch agierende Disziplin» verstehen.³⁸⁹ Vielmehr kann die Sexologie zu einem Referenzpunkt medizinischer, juristischer oder sozialer Massnahmen werden.³⁹⁰ Auf der anderen Seite gilt es zu beachten, dass auch die Rechtswissenschaft sich nicht der Debatte um die «sexuelle Fragen» entziehen oder diese vernachlässigen darf. Sie hält sich hierzu weitestgehend immer noch bedeckt.³⁹¹ Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit Sexualitäten im Rahmen der geltenden Rechtsordnung bleibt eine «wesentliche Quelle von Sexualitätsverständnissen», weshalb das Recht auch ein Ort «des gesellschaftlichen Kampfes um gute bzw. richtige Sexualität» bleibt.³⁹² Wie für die Rechtswissenschaft gilt auch in diesem gesellschaftlichen Diskurs, dass die Sexologie unterschiedliche Positionen ausserhalb und innerhalb ihrer Disziplin aushält.³⁹³ Der Jurist oder die Juristin und der Sexologe oder die Sexologin sprechen nun einmal unterschiedliche Sprachen mit differentem Vokabular.

2. Über den Tellerrand denken und sprechen. Habe Mut!

Es darf wohl verlangt bzw. vorausgesetzt werden, dass man über den Tellerrand der eigenen Disziplin hinaus denkt und spricht.³⁹⁴ Die interdisziplinäre Sicht gebietet es, dass heute nicht mehr von der Sexualität, sondern vielmehr von *den* Sexualitäten zu sprechen ist (Stichwort: Neosexualitäten). Denn der fragmentarische, sich teilweise widersprechende Charakter der Sexualität tangiert verschiedene Bereiche des Lebens und damit Forschungsgegenstände der Wissenschaften. Nur der Rechtswissenschaft gelang es eigenartigerweise bislang kaum, über das Sexuelle vertieft zu reflektieren und ihre Einschätzungen beizusteuern. Der Rechtsidee – der Gerechtigkeit – «verpflichtet», hiesse nämlich, jede Person in ihrem Sein entsprechend zu würdigen und ihr um ihrer Persönlichkeit willen die Entfaltung ihrer Person und Verwirklichung ihres Selbst zu ermöglichen. Es gibt nicht mehr einfach *die* weibliche oder *die* männliche (Hetero-/Homo-/Bi-)Sexualität. Gerade in einer Epoche, in der Frauen sich von den gesellschaftlich zugeschriebenen Rollen befreien und auch Männer bei sich selbst als weiblich «gelesene» Bedürfnisse entdecken und immer mehr Menschen sich von den binären Geschlechterrollen trennen wollen, muss sich die Rechtsordnung – neben der Oberfläche der Ordnung – auch dem Leben der Menschen widmen. Für das Recht und den Staat heisst das, dass eine Kultur der Toleranz und des Respekts zu schaffen und zu fördern ist. Notwendig

³⁸⁸ KENTLER, S. 9

³⁸⁹ BUSCH, S. 147.

³⁹⁰ TUIDER, S. 178.

³⁹¹ LEMBKE, S. 13; GRAUPNER, S. 169

³⁹² LEMBKE, S. 4.

³⁹³ VOSS, S. 16.

³⁹⁴ LEMBKE, S. 15, rät der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, «sie möge sich doch nur einmal mit der einschlägigen Fachliteratur befassen, um zu Erkenntnissen zu kommen.»

ist nichts anderes als eine eigentliche Sexualkultur.³⁹⁵ Sicher kein leichtes, aber zweifellos erstrebenswertes Unterfangen. Aber einen Versuch ist es allemal wert!

³⁹⁵ Siehe hierzu aus philosophischer Warte STANGNETH, S. 31 ff.,

Zum Schluss. Das Wagnis einer «sexualrechtlichen» Einschätzung

Es wird nur selten darüber nachgedacht und gesprochen, dass «fremde», alte und wirkungsmächtige Kräfte bis heute eine wesentliche Rolle im Leben unserer Sexualität und zwischenmenschlichen Beziehungen und Partnerschaften spielen. Die Gesellschaft – und der Staat – sind im «Binnenraum der Familie und Ehe, in der Intimität einer sexuellen Begegnung» ständig anwesend.³⁹⁶ Das Recht penetriert unser Leben mehr, als uns lieb ist. Single? Vergeben? Verlobt? Verheiratet? Getrennt? Geschieden? Oder verwitwet? Der Lebensstand scheint bis heute eine wichtige Information zu sein. Sowohl für den Staat als auch für jede einzelne Person. Nochmals: Sexualität ist und bleibt politisch; politisch ist und bleibt auch das staatliche Recht.

Sexualität rational zu fassen ist ein Ding der Unmöglichkeit. Davon müssen wir uns verabschieden. Wie diese Arbeit aufzuzeigen versuchte, hat es die *eine* Sexualität nie gegeben, es gibt sie nicht und es wird sie nie geben. Jede Epoche hatte ihre eigene Version, Geschichte und Geschichten, ja ihre Mythen. Die abendländische Variante der Sexualität mit all ihren Erscheinungsformen, Funktionen, Aspekten *et cetera* hatte und hat unsere Gesellschaft über Jahrzehnte und Jahrhunderte fest im Griff. Wird Recht als ein Kulturbegriff verstanden, warum soll nicht auch eine *Sexkultur* gepflegt werden? Wir wissen heute und anerkennen dies auch, dass Natur und Kultur in engem Zusammenhang stehen. Körper und Geist sind eine Einheit. Beides bedingt sich essentiell. Dem Menschen gaben geschriebene und ungeschriebene Regeln, Verbote, Gebote Normen eine Richtschnur, eine Orientierung. Wenn aber vom Menschen gesprochen wird, so wird dieser nicht selten in zwei Teile gedacht: Im Geist einerseits und im Körper andererseits. Sexualität – das Spüren, Fühlen, Handeln und Denken unabhängig von Zeit, Raum und Intersubjekt – kann nur zusammen als Körper-Geist gedacht werden. Als «aufgeklärte Richtung» gesetzgeberischer Rechtsordnung im Familienrecht ist die Sexualität als menschliche Tatsache aus der Dunkelheit zu holen. Ganz im Sinne BETTINA STANGNETHS: «Aufklärung, die es ernst meint, sollte auch zum Mut auffordern, sich seiner eigenen Sinnlichkeit ohne die Leitung eines anderen [oder einer anderen] zu bedienen.»³⁹⁷

Wenn wir uns die Fragestellung dieser vorliegenden Schrift vergegenwärtigen, wie das Recht sich im Zusammenhang mit der Sexualität des Menschen (mit)entwickelt hat, müssen wir konstatiert feststellen, dass sich das Recht nur sehr behutsam entwickelt hat und retardierend wirkte. Es leugnet allerdings nicht den fundamentalen Funktionswandel der Sexualität, von

³⁹⁶ DUNDE, S. 23.

³⁹⁷ STANGNETH, S. 30.

der Reproduktion hin zu einem zwar vordergründig privaten, aber dennoch omnipräsenten öffentlichen kapitalistischen und narzisstischen Phänomen, nicht weniger auch die grundlegende Transformation der Familie, von der autarken Grossfamilie hin zur emotionalen Brutnest der Kleinfamilie und zur Kleinstfamilie. Die behutsame Entwicklung liegt wohl auch darin begründet, dass in der Schweiz eine ganz spezifische, landestypische (rechts- und gesellschafts-)politische Kultur herrscht. Dies spiegelt sich in der Rechtsordnung, die sich von unten nach oben gestaltet. Was politisch mehrheitsfähig ist, kann zu Recht werden, ohne dass Minderheiten benachteiligt werden. Die Verfassung garantiert gleichermassen auch den Rechtsschutz für alle. Für das Familienrecht schien und scheint es einfacher, die Ehe als rechtliche Hülle³⁹⁸ den Menschen zur Verfügung zu stellen, dieser Hülle umfassenden Schutz zu gewähren und den Inhalt den Ehegatten zu überlassen.

Die vorliegende Schrift schliesst ab mit dem Anspruch und der Hoffnung, eine Reflexion voranzubringen über langjährige Rechtsauffassungen und der Rechtsordnung inhärente Beständigkeiten, die unser aller Leben prägen und gerade den schwierigen Umgang des Rechts mit Sexualität beeinflussen, ohne dass wir uns dieser Mechanismen immer bewusst sind.

³⁹⁸ MARKARD, S. 155.

Nachworte

Idee einer schweizerischen Sexualwissenschaft

In der Schweiz existiert bis heute an keiner Universität oder (Fach-)Hochschule ein Lehrstuhl für Sexualwissenschaft, was entsprechend nachhaltig den «Charakter und den Umfang der Aktivitäten im Bereich der [schweizerischen] Sexualwissenschaft» prägt.¹ Jüngstes Beispiel sind die neuen Lernprogramme im Sexualstrafrecht.² Wir begrüßen denn auch die zahlreichen Vereine, Verbände, Institute, Zentren, Fachbereiche, die sich der wissenschaftlichen und anwendungsorientierten Ausbildung, Praxis und Forschung im Bereich der Sexualität annehmen. Sie alle sind insofern ideal geeignet, entsprechende Angebote für Lernprogramme bereitzustellen. Wünschenswert ist deshalb eine nationale, übergeordnete und die diversen Tätigkeitsgebiete koordinierende Gesellschaft oder ein Dachverband, die oder der sich auch politisch für die Sexualwissenschaften einsetzt. So könnte eine *schweizerische Sexualwissenschaft* etabliert werden, die vielleicht gar den Mut aufbringt, in einer Beitragsreihe den Dialog mit der Öffentlichkeit zu suchen und so die längst fällige Diskussion und Auseinandersetzung mit der immanent wichtigen Thematik voranzubringen und wissenschaftlich zu untermauern.

Dank

Vor allem drängt es mich, folgenden zwei Persönlichkeiten meinen aufrichtigen Dank und meine Anerkennung auszusprechen.

Mein herzliches Dankeschön gilt den beiden Gutachtern Herrn Prof. HEINZ-JÜRGEN VOSS und Herrn Prof. Dr. iur. PETER BREITSCHMID für ihre Bereitschaft zur Betreuung und Bewertung dieser Schrift.

Mein erster Dank geht an HEINZ-JÜRGEN VOSS, dass er meine unterschiedliche Position aus einer nicht alltäglichen, trockenen und mitunter etwas hoffärtigen «Fraktion» in der Sexualwissenschaft wohlwollend aufgenommen hat – sicher in der berechtigten Hoffnung auf einen nachhaltigen Dialog unserer beiden Fachrichtungen.

Mein zweiter Dank gilt PETER BREITSCHMID für die Bereitschaft der Begutachtung meiner Abhandlung sowie für die zahlreichen gedanklichen Anregungen, die gehaltvollen Gespräche und motivierenden Worte – trotz anfänglicher Bedenken über ausreichende Kompetenzen in diesem juristisch weitgehend unerforschten «feuchten» Forschungsgebiet.

¹ RAUCHFLEISCH, S. 211.

² Vgl. Art. 94 Abs. 2 und Art. 198 Abs. 2 StGB.

Anhang I: Selbständigkeitserklärung

Ich, Sandro Körber, MLaw, erkläre und bestätige hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche einzeln kenntlich gemacht. Es wurden keine anderen als die von mir angegebenen Quellen und Hilfsmittel (inklusive elektronischer Medien, Online-Ressourcen oder künstlicher Intelligenz) benutzt.

Schönholzerswilen, im Juli 2024

Anhang II: Zeittafel über die Entstehung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches und die grossen Revisionen im Familienrecht

- 1893 Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Civilgesetzbuches (Memorial von Eugen Huber) (Frühjahr 1893)
- Erster Teilentwurf. Die Wirkungen der Ehe. Mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission als Manuskript gedruckt (Von Eugen Huber) (Dezember 1893)
- 1896 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit (Vom 28. November 1896)
- Vorentwurf. Bundesgesetz über das Privatrecht. Schweizerisches Civilgesetzbuch. Erster und zweiter Teil. Personen- und Familienrecht. (Vom 5. Dezember 1896)
- 1900 Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (Vom 15. November 1902)
- 1902 Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (erste Auflage; zweite Auflage 1914)
- 1903 Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements redigiert nach den Beschlüssen der Zivilrechtskommission und vervielfältigt für deren Mitglieder (Dezember 1903)
- 1904 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch (Vom 28. Mai 1904)
- Entwurf enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch (Vom 28. Mai 1904)
- 1907 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
- 1972 Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Adoption und Art. 321), Änderung vom 30. Juni 1972 (AS 1972 2819)
- 1976 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesverhältnis), Änderung vom 25. Juni 1976 (AS 1977 237)

- 1979 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Fürsorgerische Freiheitsentziehung, Änderung vom 6. Oktober 1978 (AS 1980 31))
- 1984 Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), Änderung vom 5. Oktober 1984 (AS 1986 122)
- 1998 Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung), Änderung vom 26. Juni 1998 (AS 1999 1118)
- 2003 Zivilgesetzbuch (Trennungsfrist im Scheidungsrecht), Änderung vom 19. Dezember 2003 (AS 2004 2161)
- 2008 Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Änderung vom 19. Dezember 2008 (AS 2011 725)
- 2009 Zivilgesetzbuch (Bedenkzeit im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren), Änderung vom 25. September 2009 (AS 2010 281)
- 2011 Zivilgesetzbuch (Name und Bürgerrecht), Änderung vom 30. September 2011 (AS 2012 2569)
- 2013 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge), Änderung vom 21. September 2013 (AS 2014 357)
- 2015 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesunterhalt), Änderung vom 20. März 2015 (AS 2015 4299)
- 2016 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Adoption), Änderung vom 17. Juni 2016 (AS 2017 3699)
- 2020 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Ehe für alle), Änderung vom 18. Dezember 2020 (AS 2021 747)