

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2017

Sexualität sexualité sexuality

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

**Prostitution und Kriminalität:
Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher
und kriminologischer Sicht**

JANNICK KOLLER

**Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung
der Sexarbeit in der Schweiz**

MARIA SCHULTHEISS

**Das gesellschaftliche Verständnis der sich
prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht**

NADIA KUŽNIAR / FIONA SAVARY

**Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht
bei Transmenschen in der Schweiz**

ELOI JEANNERAT

**Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles
par la justice ?**

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

**Regulating Desire: The Impact of Law and Policy
on Demand for Sexual Exploitation in Europe**

PASCAL RONC

**Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK
und die Rolle von Soft Law**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Axel Schmidlin

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

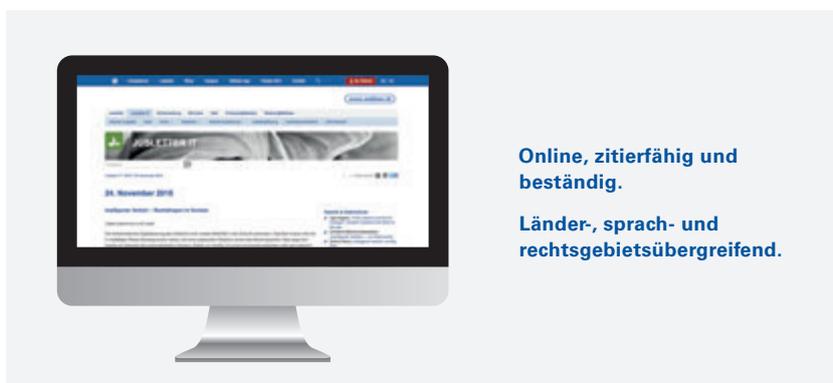
Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-946-2



JUSLETTER IT

ONLINE ZEITSCHRIFT FÜR IT UND RECHT.
WWW.JUSLETTER-IT.EU



Online, zitierfähig und beständig.

Länder-, sprach- und rechtsgebietsübergreifend.



Vier Mal jährlich online das Neuste aus IT und Recht. Die hochwertigen Beiträge der spezialisierten Praktiker und Wissenschaftler sind stets aktuell und oft rechtsgebietübergreifend.

Abonnement Jusletter IT
CHF 185.– / Jahr

www.weblaw.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Prostitution und Kriminalität: Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

3

Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung des Raum- und Bauplanungs- sowie des Ausländerrechts

JANNICK KOLLER

13

Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht

Rückblick, Standortbestimmung und Ausblick

MARIA SCHULTHEISS

31

Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz

Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung

NADIA KUŹNIAR / FIONA SAVARY

40

Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice ?

Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 1er août 2016

ELOI JEANNERAT

50

Regulating Desire: The Impact of Law and Policy on Demand for Sexual Exploitation in Europe

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

56

Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK und die Rolle von Soft Law

PASCAL RONC

67

Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz

Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung

NADIA KUŹNIAR* / FIONA SAVARY**

SCHLAGWÖRTER	LGBT – Diskriminierungsverbot – Geschlechtsidentität – Selbstbestimmungsrecht – Namensrecht – Transgender
ZUSAMMENFASSUNG	Transmenschen sind im Alltag oftmals Ziel von Diskriminierungen. In der Schweiz fehlt eine klare gesetzliche Grundlage für die Regelung der staatlichen Anerkennung der Transidentität. Entsprechend sind die Rechte von Transmenschen auch in diesem Bereich nur mangelhaft geschützt und die Hürden für eine rechtliche Anerkennung teils sehr hoch und diskriminierend. Dieser Artikel schlägt daher die Schaffung einer neuen gesetzlichen Regelung der staatlichen Anerkennung von Transmenschen vor, welche den neuesten medizinischen und psychologischen Erkenntnissen Rechnung trägt und einen diskriminierungsfreien Umgang des Staates mit Transmenschen sicherstellt.
RÉSUMÉ	Les personnes transgenres sont confrontées à des problèmes au quotidien. En Suisse, il manque une base légale explicite réglant la reconnaissance civile de l'identité transgenre. Les droits des personnes transgenres sont dès lors insuffisamment protégés, et les obstacles juridiques auxquels ces personnes font face sont élevés et discriminants. Cet article propose donc de créer un nouveau régime législatif clair, prenant en considération les connaissances médicales et psychologiques les plus récentes, pour assurer un traitement égalitaire et non-discriminant des personnes transgenres.
ABSTRACT	In everyday life, trans people are often the target of discrimination. Switzerland lacks a clear legal basis for the regulation of the legal recognition of trans people. Thus, the rights of trans people are inadequately protected in this area of law and the path to legal recognition is sometimes obstructed by high and – to some extent – discriminatory barriers. Therefore, this article proposes the creation of a new set of rules governing the legal recognition of trans people, which takes into account the newest findings from the fields of medicine and psychology, ensuring that the state acts in a non-discriminatory way towards trans people.

I. Einleitung

Transmenschen sehen sich in vielen Lebensbereichen mit Schwierigkeiten konfrontiert. Neben die Herausforderungen im sozialen Umfeld tritt die Frage nach der Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität durch den Staat. Diesbezüglich ist die Rechtslage in der Schweiz alles andere als übersichtlich. Das schweizerische Verfahren der amtlichen Namens- und/oder Geschlechtsänderung hinkt zudem in vielen Bereichen internationalen Empfehlungen und dem aktuellen Stand der Forschung zu Transidentität hinterher.

Der vorliegende Beitrag soll deshalb einerseits das geltende Recht beleuchten, dieses andererseits aber auch kritisch hinterfragen und Verbesserungsvorschläge liefern, wie Transpersonen der rechtliche Nachvollzug ihrer Geschlechtsidentität erleichtert werden könnte. Dabei konzentriert sich der Beitrag auf Aspekte amtlicher Namens-

und Geschlechtsänderungen, welche für eine umfassende rechtliche Anerkennung von Transpersonen zentral sind.

II. Transgender

Als «transident» werden Menschen bezeichnet, deren empfundenes Geschlecht nicht ihrem biologischen bzw.

* Nadia Kuźniar, M.A. HSG in Rechtswissenschaften, Doktorandin an der Universität Zürich.

** Fiona Savary, M.A. HSG in Rechtswissenschaften, Auditorin am Kreisgericht St. Gallen und Doktorandin an der Universität St. Gallen.

dem bei der Geburt zugeschriebenen entspricht.¹ Unter diese Definition fällt ein ganzes Spektrum von Geschlechtsidentitäten, die in unterschiedlichen Phasen des Lebens zum Vorschein treten. So werden sich einige Transmenschen ihres Transseins bereits in der Kindheit oder Jugend bewusst, andere erst im Erwachsenenalter.² Auch definieren sich viele Transmenschen nicht als klar weiblich oder männlich, sondern verorten sich als dazwischenliegend.³ Dieser Vielfalt entsprechend sind auch die Bedürfnisse in Bezug auf die Angleichung an das Wunschgeschlecht sehr unterschiedlich: Je nach Quelle wünschen sich ca. 50 %⁴ oder ca. 90 %⁵ der Betroffenen ir-

gendeine Form chirurgischer Angleichungsmassnahmen. Anderen genügt eine hormonelle Behandlung oder eine psychologische Betreuung. Wieder andere nehmen gar keinen fachlichen Rat in Anspruch.⁶ Trotzdem kann, und das ist für die hier diskutierte Thematik von grosser Bedeutung, eine in den meisten Fällen zutreffende Beobachtung gemacht werden: Der Prozess, den Transmenschen durchmachen, bis sie sich selbst und ihrer Umwelt gegenüber ihre Transidentität eingestehen und auch leben, ist langwierig. Einer inneren Auseinandersetzung mit der eigenen Geschlechteridentität und ihrer Akzeptanz (inneres Coming-out) folgt der Schritt, das eigene Empfinden nach aussen zu tragen (äusseres Coming-out) und schliesslich der Wunsch nach einem juristischen Nachvollzug.⁷

Die soeben beschriebenen unterschiedlichen Bedürfnisse der Betroffenen und die Anerkennung eines Kontinuums von Geschlechtsidentitäten finden jedoch – zumindest auf formeller Ebene – nur langsam Eingang in die medizinische bzw. psychologische Fachwelt. So gilt «Transsexualismus» gemäss dem medizinischen Diagnoseklassifikationssystem der Weltgesundheitsorganisation (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, ICD-10) weiterhin als psychische Störung (Störung der Geschlechtsidentität).⁸ Als besonders problematisch wird dabei von Transmenschen empfunden, dass die Diagnose «Transsexualismus» unter anderem den Wunsch der betroffenen Person nach körperlicher Anpassung voraussetzt.⁹ Begrüssenswert ist hingegen die neuste Entwicklung im *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), einem im angelsächsischen Raum verbreiteten, alternativen Diagnoseklassifikationssystem. In seiner fünften Auflage verzichtet es auf den Begriff der «Geschlechtsidentitätsstörung» (*Gender Identity Disorder*) und verwendet stattdessen die Bezeichnung «Genderdysphorie» (*Gender Dysphoria*).¹⁰ Damit bringt es zum Ausdruck, dass nicht die Transidentität selbst als psychische Störung zu sehen ist, sondern vielmehr das damit verbundene Leiden an der Inkongruenz zwischen biologischem und empfundenem Geschlecht ein Problem für die Betroffenen darstellt.¹¹ Obschon noch nicht optimal, stellt das DSM-5 einen wichtigen Schritt in Richtung Entpathologisierung der Transidentität dar.¹²

III. Ablauf einer amtlichen Namens- und/oder Geschlechtsänderung

Bei der Namens- und/oder Geschlechtsänderung bestehen für Transmenschen zwei Möglichkeiten: Einerseits kann die betroffene Person lediglich ihren amtlichen (Vor-)Namen, nicht aber ihr amtliches Geschlecht än-

- 1 UDO RAUCHFLEISCH, *Transsexualität – Transidentität. Begutachtung, Begleitung, Therapie*, 5. Aufl., Göttingen 2016, 14; hier synonym verwendet werden der ebenfalls gebräuchliche Begriff «transgender» sowie das Präfix «Trans», vgl. ALECS RECHER, *Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid*, FamPra.ch 2015, 623 ff., 623.
- 2 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 20.
- 3 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Being Trans in the European Union, Comparative analysis of EU LGBT survey data*, Luxemburg 2014, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-being-trans-eu-comparative-0_en.pdf, abgerufen am 14. November 2016, 113 f.; MELANIE STUDER/EYLEM COPUR, *Selbstbestimmte Geschlechtsidentität*, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Bern 2014, 54 ff., N 148.
- 4 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 16; vgl. auch THOMAS HAMMARBERG, *Menschenrechte & Geschlechtsidentität*. Themenpapier, Berlin 2010, http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_dt.pdf, abgerufen am 28. November 2016, 13.
- 5 JAY MCNEIL/LOUIS BAILEY/SONJA ELLIS et al., *Trans Mental Health Study 2012*, Edinburgh 2012, http://www.gires.org.uk/assets/Medpro-Assets/trans_mh_study.pdf, abgerufen am 14. November 2016, 18 f.; in diesem Sinne auch JANETT THEILE, *Transsexualität im Familienrecht. Eine vergleichende Untersuchung der rechtlichen Anerkennung des Geschlechtswechsels und ihrer Rechtsfolgen insbesondere auf die Ehe und Lebenspartnerschaft im deutschen, englischen und französischen Recht*, Regensburg 2013, 18, die von der Ergreifung operativer Massnahmen «in der überwiegenden Mehrzahl» der Fälle spricht.
- 6 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 16.
- 7 RECHER (Fn. 1), 624; RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 67 ff., mit einer detaillierten Beschreibung dieses Prozesses.
- 8 <http://www.icd-code.de/suche/icd/recherche.html?sp=0&sp=SF64>, abgerufen am 29. November 2016; RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 17.
- 9 THEILE (Fn. 5), 10.
- 10 ZOWIE DAVY, *The DSM-5 and the Politics of Diagnosing Transpeople*, *Archives of Sexual Behavior*, July 2015, 1165 ff., 1165 f.
- 11 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 18 f.; vgl. auch THEILE (Fn. 5), 10 f.
- 12 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 18.

dern.¹³ Andererseits ist es möglich, sein amtliches Geschlecht und, im gleichen Verfahren, den amtlichen Namen zu ändern. Rechtliche Normen, die Namens- und Geschlechtsänderungen bei Transmenschen eingehend regeln würden, fehlen in der Schweiz gänzlich, mit Ausnahme der sogleich aufzuzeigenden allgemeinen Bestimmungen.¹⁴ Obwohl GEISER diese dürftige Regelungsdichte dem Pragmatismus zuschreibt (die Praxis habe sich der Transgender-Problematik schnell angenommen, sodass der Gesetzgeber keinen Anlass gehabt habe, einzugreifen),¹⁵ wäre nach der hier vertretenen Meinung eine explizite Festlegung der materiellen Voraussetzungen wünschenswert. Dies weil, wie in den folgenden Kapiteln dargelegt wird, die nur rudimentäre Regelung des Bundesrechts zu teilweise erheblichen Unterschieden in der kantonalen Rechtsprechung führt und der für die Betroffenen wichtigen Rechtssicherheit sowie dem Schutz ihrer Rechte abträglich ist.

A. Amtliche Namensänderung

Die alleinige Änderung des amtlichen Namens bringt noch keine volle rechtliche Anerkennung, kann aber ein erster Schritt sein:¹⁶ Die Hürde für eine solche Anpassung ist, wie sogleich aufgezeigt wird, in gewissen Kantonen tiefer als bei einer zusätzlichen amtlichen Geschlechtsänderung.¹⁷ Die reine Namensänderung richtet sich nach Art. 30 Abs. 1 ZGB.¹⁸ Gemäss dieser Bestimmung kann die Regierung des Wohnsitzkantons (welche diese Aufgabe in der Praxis an die Verwaltung delegiert¹⁹) einer Person die Änderung ihres Namens bewilligen, wenn *achtenswerte* Gründe vorliegen. Diese Formulierung hat nach der Revision des Namensrechts im Jahr 2013 die Voraussetzung der *wichtigen* Gründe ersetzt. Damit wurde die Hürde für Namensänderungen gesenkt.²⁰ Bei einer gewissen Intensität reichen auch rein subjektive Unannehmlichkeiten dafür aus.²¹ Diese Voraussetzung wiederum ist, wie RECHER feststellt, bei einer Inkongruenz zwischen dem ursprünglichen Namen und der empfundenen Geschlechtsidentität bereits gegeben.²²

Die Praxis zu Namensänderungen nach Art. 30 Abs. 1 ZGB vor der Revision war alles andere als einheitlich: So verlangten beispielsweise einige Kantone einen sogenannten Alltagsstest,²³ andere eine hormonelle Behandlung oder – dies allerdings ein relativ selten genanntes Kriterium – eine Operation.²⁴ Hingegen ist ein ärztliches Gutachten, in welchem die Transidentität der betroffenen bestätigt wird, häufig.²⁵ Auch Mindestfristen, während derer die betroffene Person «unter dem Zwang [stehen muss], ihren Vorstellungen entsprechend zu leben»²⁶, werden bisweilen vorausgesetzt.²⁷ Immerhin hat die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern entschieden,

dass diese Voraussetzung unzulässig ist.²⁸ Inwiefern die Revision des Namensrechts zu einer umfassenden und schweizweiten Liberalisierung der Praxis führt, bleibt abzuwarten.

13 RECHER (Fn. 1), 627.

14 ALECS RECHER, Rechte von Transmenschen, in: Ziegler/Montini/Copur (Hrsg.), LGBT-Recht. Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2015, N 42; dies im Unterschied beispielsweise zu Deutschland (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. September 1980, TSG), vgl. THEILE (Fn. 5), 85.

15 THOMAS GEISER, Aspects juridiques de la transsexualité, in: Section Suisse de la CIEC (Hrsg.), Mélanges édités à l'occasion de la 50ème Assemblée générale de la Commission internationale de l'Etat Civil, Neuchâtel 1997, 33 ff., 34.

16 Wenn eine Transperson zwar ihren Namen, nicht aber ihr amtliches Geschlecht geändert hat, empfiehlt sich (insbesondere bei Grenzübertreten o.Ä.) eine von einem Arzt ausgestellte Bescheinigung, die darüber informiert, dass die betroffene Person in der Rolle ihres Wunschgeschlechts lebt (RAUCHFLEISCH [Fn. 1], 108 f.).

17 Vgl. beispielsweise TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND, welches aus diesem Grund in gewissen Fällen sogar zum Wechsel des Wohnsitzkantons rät (<https://www.transgender-network.ch/information/rechtliches/>, abgerufen am 11. Dezember 2016).

18 ANDREA BÜCHLER/MICHELLE COTTIER, Transsexualität und Recht, Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, FamPra 2002, 20 ff., 35 f.

19 RECHER (Fn. 1), 627.

20 BSK ZGB I-BÜHLER, Art. 30 N 5; Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13. Oktober 2011 i.S. A.H.M. gegen Amt für Migration und Personenstand des Kantons – BC 138/11, E. 4k.

21 BÜHLER (Fn. 20), N 5; RECHER (Fn. 14), N 57.

22 RECHER (Fn. 14), N 57.

23 Als psychologischer «Alltagstest» wird eine Phase von ein bis zwei Jahren bezeichnet, in welcher die betroffene Person durchgehend der präferierten Geschlechtsrolle entsprechend lebt. Eine solche Periode kann aus heutiger psychologischer Sicht sinnvoll sein. Allerdings muss – und dies macht den Alltagsstest u.E. als fixes Kriterium für Namensänderungen höchst problematisch – jeweils einzelfallbezogen eingeschätzt werden, ob er angebracht ist (RAUCHFLEISCH [Fn. 1], 32 f.).

24 Vgl. die Darstellung bei ALECS RECHER, Änderung von Name und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen. Ein Vorschlag für eine (grund-)rechtskonforme Handhabung, Masterarbeit Zürich 2012, 51.

25 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND (Fn. 17).

26 Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13. Oktober 2011 i.S. A.H.M. gegen Amt für Migration und Personenstand des Kantons – BC 138/11, E. 3a.

27 Vgl. die Darstellung bei RECHER (Fn. 24), 51.

28 Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 13. Oktober 2011 i.S. A.H.M. gegen Amt für Migration und Personenstand des Kantons – BC 138/11, E. 4d.

B. Änderung des amtlichen Geschlechts

Bei der Änderung des amtlichen Geschlechts handelt es sich nach wohl überwiegender Auffassung um eine Statusgestaltungsfrage nach Art. 42 ZGB.²⁹ Obschon auch

hier die Voraussetzungen von Gericht zu Gericht stark variieren können, sollen doch im Folgenden zwei der für die Betroffenen schwerwiegendsten Bedingungen thematisiert werden.

1. Medizinische Geschlechtsangleichung und Zeugungsunfähigkeit als Voraussetzungen?³⁰

Hierin liegt der wohl folgenschwerste Unterschied zum Verfahren der reinen Namensänderung: Eine Mehrheit der Gerichte (ihre Zahl nimmt jedoch ab³¹) verlangt für die Bewilligung einer amtlichen Geschlechtsänderung eine operative Angleichung an das Wunschgeschlecht.³²

Dieses Erfordernis geht zurück auf BGE 119 II 264. Darin hielt das Bundesgericht fest, die Eintragung einer Geschlechtsänderung ins Zivilstandesregister setze einen «irreversiblen Geschlechtswechsel» voraus.³³ Diese offene Formulierung ist bislang i.d.R. dahingehend ausgelegt worden, dass nur eine operativ herbeigeführte Fortpflanzungsunfähigkeit zu einer Änderung des Geschlechtseintrags berechtigt.³⁴ Noch in einer im Jahr 2011 durchgeführten Befragung nannten 36 von 40 schweizerischen Gerichten eine operative Geschlechtsangleichung als Voraussetzung für eine amtliche Geschlechtsänderung.³⁵ Ein solches Erfordernis stellt jedoch einen schweren Eingriff in die körperliche Integrität der betroffenen Person dar³⁶ und widerspricht internationalen Empfehlungen, wonach weder operative Geschlechtsangleichungen noch Hormonbehandlungen zur Bedingung für eine Anpassung des Geschlechtseintrags erhoben werden dürfen.³⁷ Überdies stellt eine solche Voraussetzung womöglich eine Verletzung von Grundrechten dar, wie in Kapitel IV. B. näher ausgeführt wird. In der jüngeren Vergangenheit sind immerhin einige Gerichtsurteile ergangen, die zumindest vom Erfordernis der operativen Geschlechtsangleichung Abstand nehmen. Zu nennen ist beispielsweise das Obergericht des Kantons Zürich, das zwar an der Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit festhält,³⁸ dafür aber nicht zwingend eine geschlechtsangleichende Operation fordert.³⁹ Noch weiter zu gehen scheint das Regionalgericht Bern-Mittelland. So stellt es zusätzlich das Erfordernis der Hormontherapie als einen Eingriff in die körperliche Integrität infrage.⁴⁰ Des Weiteren gewichtet es die Tatsache, «dass die Antragsstellerin [sic] heute auf äusserst überzeugende Art und Weise als Frau lebt und auftritt», höher als eine – im vorliegenden Fall allerdings gegebene – Fortpflanzungsunfähigkeit. Die Antragstellerin sei «in ihrem Wunschgeschlecht angekommen».⁴¹ Auch das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen (EAZW) hat sich in einer Rechtsauskunft gegen unumkehrbare chirurgische Eingriffe gestellt.⁴²

-
- 29 RECHER (Fn. 1), 627, der die Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 1 ZGB lediglich in Spezialfällen verneint, in denen, insbesondere aufgrund der Internationalität eines Sachverhalts, die Bereinigung von Schweizer Registern nicht möglich ist; STUDER/COPUR (Fn. 3), 72; a.M. BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 42 N 4.
- 30 Grundsätzlich handelt es sich hierbei um zwei unterschiedliche Voraussetzungen (vgl. STUDER/COPUR [Fn. 3], N 201), doch scheinen die meisten Gerichte die medizinische Geschlechtsangleichung und die Zeugungsunfähigkeit nicht klar voneinander zu trennen (vgl. RECHER [Fn. 24], 55 f., der bei den Gerichten Wissensmängel bezüglich möglicher Operationen und ihrer Folgen ortet). Aus diesem Grund wird auch hier auf eine strikte Unterscheidung verzichtet.
- 31 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND (Fn. 17).
- 32 RECHER (Fn. 14), N 64; vgl. auch STUDER/COPUR (Fn. 3), N 201; bemerkenswert ist, dass das medizinische Gutachten für viele Gerichte zwar zentral für eine reine *Namensänderung* ist, bei amtlichen *Geschlechtsänderungen* jedoch deutlich seltener als Voraussetzung genannt wird. RECHER (Fn. 24), 56, vermutet, dass bei Letzteren die geschlechtsangleichende Operation, die i.d.R. nur bei Vorliegen einer psychiatrischen oder psychologischen Empfehlung durchgeführt wird, als Substitut für das Gutachten gesehen wird.
- 33 BGE 119 II 264, E. 6c.
- 34 TRANSGENDER NETWORK SWITZERLAND (Fn. 17); vgl. MICHELLE COTTIER, 29 Tribunal administratif du canton de Vaud, Arrêt du 18 octobre 2006 en la cause X. contre le Département des institutions et des relations extérieures du canton de Vaud – GE.2005.0219 (VD), FamPra 2007, 366 ff., 371; RECHER (Fn. 14), N 51 f.
- 35 RECHER (Fn. 24), 54.
- 36 HAMMARBERG (Fn. 4), 13; STUDER/COPUR (Fn. 3), N 204.
- 37 HAMMARBERG (Fn. 4), 13; Council of Europe, Resolution of the Parliamentary Assembly 1728 (2010), 29. April 2010, Para. 16.11.2; ebenso die von einer internationalen Gruppe von Menschenrechtsexperten verfassten Yogyakarta-Prinzipien: The Yogyakarta Principles – Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity, 2007, www.yogyakartaprinciples.org/wp/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf, abgerufen am 24. März 2017, Principle 3.
- 38 Urteil des Zürcher Obergerichts NC090012 vom 1. Februar 2011, E. 2.5.
- 39 Urteil des Zürcher Obergerichts NC090012 vom 1. Februar 2011, E. 3.6.
- 40 Entscheidbegründung CIV 12 1217 JAC vom 12. September 2012 des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Begründung des Entscheids vom 27. Juli 2012, IV. Rechtliches, Ziff. 9.
- 41 Entscheidbegründung CIV 12 1217 JAC vom 12. September 2012 des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Begründung des Entscheids vom 27. Juli 2012, IV. Rechtliches, Ziff. 12 f.
- 42 Rechtsauskunft des EAZW vom 1. Februar 2012 betreffend Transsexualität, 2.

2. Einfluss von amtlichen Geschlechtsänderungen auf Ehe/eingetragene Partnerschaft

Einer zusätzlichen Hürde bei einer amtlichen Geschlechtsänderung begegnen Transmenschen, die in einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft leben.⁴³ Nach einer entsprechenden Registeränderung stellt sich nämlich in solchen Fällen gezwungenermassen⁴⁴ eine Inkongruenz zwischen dem gelebten und auch amtlich anerkannten Geschlecht einerseits und der ebenfalls im Register eingetragenen Partnerschaftsform andererseits ein.⁴⁵

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des St. Galler Bezirksgerichts aus dem Jahre 1996, in dem das Gericht festhielt, eine bestehende Ehe müsse nicht vorgängig aufgelöst werden, um eine amtliche Geschlechtsänderung zu ermöglichen.⁴⁶ Die Entscheidung wurde teilweise positiv aufgenommen, von einigen aber auch heftig kritisiert. Eine Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch die Hintertür wurde angeprangert.⁴⁷ Mittlerweile überwiegt wohl die Meinung, dass die Auflösung einer allfälligen Ehe bzw. eingetragenen Partnerschaft keine Voraussetzung für die Bewilligung der amtlichen Geschlechtsänderung darstellt.⁴⁸ Dies weil eine Ehe nur im Falle einer Nichtehe (*matrimonium non existens*)⁴⁹ oder gemäss Art. 104 ZGB aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen für ungültig erklärt werden kann. Nach der Eheschliessung eingetretene Tatsachen hingegen führen nicht zu Eheungültigkeit.⁵⁰

IV. Kritikpunkte am aktuellen Prozess der Namens- und/oder Geschlechtsänderung

Eine Abweichung der Geschlechtsidentität vom rechtlichen Geschlecht in amtlichen Registern und auf amtlichen Dokumenten kann für die Betroffenen im Alltag zahlreiche negative Folgen nach sich ziehen, insbesondere durch die sich bei jedem Vorweisen eines Ausweises wiederholende Preisgabe von Informationen aus der Intimsphäre^{51, 52}. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen auf das Alltagsleben der Betroffenen, erschwert ihnen die Teilnahme am Gesellschafts- und Wirtschaftsleben und erhöht das Risiko, Diskriminierungen und Gewalt ausgesetzt zu sein.⁵³ Entsprechend wird von verschiedener Seite gefordert, die Möglichkeit einzuräumen, den Namen und das Geschlecht in offiziellen Dokumenten in einem schnellen, transparenten und (auch finanziell) zugänglichen Verfahren zu ändern.⁵⁴ Gemäss EGMR-Rechtsprechung sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK⁵⁵ zu schützen, indem sie die Geschlechtsidentität von

Transmenschen rechtlich anerkennen.⁵⁶ Diese Massnahme stellt eine zentrale Voraussetzung dafür dar, die volle

43 Hier nicht weiter diskutiert, da wohl unbestritten, wird die Frage, ob eine Transperson nach erfolgter amtlicher Geschlechtsänderung eine Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft eingehen kann. Sie ist zu bejahen, wobei dabei jeweils auf das angeglichene Geschlecht abgestellt wird (RECHER [Fn. 14], N 34; STUDER/COPUR [Fn. 3], N 207 ff.).

44 Wobei der Ausdruck «gezwungenermassen» hier vor der – bisweilen infrage gestellten – starr zweigeschlechtlichen Ordnung unserer Gesellschaft zu sehen ist (vgl. BÜCHLER/COTTIER [Fn. 18], 20 ff.).

45 Vgl. RECHER (Fn. 14), N 32.

46 Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen, I. Abteilung, 26. November 1996, X. (1BZ 96/20), E. 6.i; ebenso Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, Entscheid vom 29. Juli 2005 – APH 05 303 (BE), E. 10.

47 Vgl. für eine Darstellung der gemischten Reaktionen auf das Urteil BSK ZGB I-GEISER, Art. 104 N 6; STUDER/COPUR (Fn. 3), N 213.

48 Rechtsauskunft des EAZW vom 1. Februar 2012 betreffend Transsexualität, 2; RECHER (Fn. 1), 632; STUDER/COPUR (Fn. 3), N 211; so bereits GEISER (Fn. 15), 41; a.M. noch CYRIL HEGNAUER/PETER BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, N 7.05.

49 GEISER (Fn. 47), Art. 104 N 3 f.

50 GEISER (Fn. 47), Art. 104 N 6; RECHER (Fn. 14), N 65.

51 Ob jemand trans ist, stellt gemäss EGMR-Rechtsprechung ein besonders sensibles und daher besonderes geschütztes Persönlichkeitsmerkmal dar; kann die betreffende Person nicht frei entscheiden, wem sie diese Information offenlegt und wem nicht, bewirkt dies eine Verletzung des grundrechtlich geschützten Privatlebens (vgl. EGMR *Van Kück v. Germany*, 35968/97 [2003], Ziff. 69).

52 TRANSGENDER EUROPE, Legal Gender Recognition, <http://tgeu.org/issues/legal-gender-recognition/>, abgerufen am 24. März 2017; s. auch EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 60, 78 (Hervorhebung durch die Autorinnen): «The stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court's view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety.»

53 HAMMARBERG (Fn. 4), 12; RECHER (Fn. 1), 625; s. auch EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 60.

54 EUROPARAT, Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität (am 31. März 2010 vom Ministerkomitee bei seiner 1081. Sitzung der Stellvertreter der Minister angenommen), nicht offizielle deutsche Übersetzung, rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c-2c2f, abgerufen am 24. März 2017, Abs. 21; TRANSGENDER EUROPE (Fn. 52); RECHER (Fn. 1), 629 f.

55 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101.

56 EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 93.

rechtliche Anerkennung einer neuen Geschlechtsidentität einer Person in allen Lebensbereichen zu garantieren⁵⁷ und dadurch ein Leben in Würde und Respekt zu ermöglichen.⁵⁸

57 Vgl. EUROPARAT (Fn. 54), Abs. 21.

58 TRANSGENDER EUROPE (Fn. 52).

59 TRANSGENDER EUROPE (Fn. 52).

60 TRANSGENDER EUROPE (Fn. 52).

61 KYLE KNIGHT, Dispatches: Norway's Transgender Rights Transformation, 7. Juni 2016, <https://www.hrw.org/news/2016/06/07/dispatches-norways-transgender-rights-transformation>, abgerufen am 23. Oktober 2016.

62 BUNDESRAT/EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN (EDA), Die Schweiz engagiert sich weiter gegen Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität, 29. April 2015, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57063.html>, abgerufen am 23. Oktober 2016. Am 30. Juni 2016 hat die Schweiz zudem der Resolution «on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity» (A/HRC/32/L.2/Rev.1) des UN-Menschenrechtsrats zugestimmt (s. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20220>, abgerufen am 23. Oktober 2016).

63 ANDREA BÜCHLER/MICHELLE COTTIER, Bemerkungen zu Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Entscheid vom 1. Februar 2011 – NC090012/U, FamPra 2011, 932 ff., 943; RECHER (Fn. 1), 631; durch die in Art. 40 Abs. 1 lit. j ZStV (Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, SR 211.112.2) statuierte amtliche Pflicht der Gerichte, Urteile über «Geschlechtsänderung und damit verbundene Vornamensänderung» dem Zivilstandsamt mitzuteilen, anerkennt der Bundesgesetzgeber immerhin die Existenz solcher Verfahren und deren grundsätzliche Rechtmässigkeit.

64 Der Europarat empfiehlt basierend auf dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK die *regelmässige Überprüfung der Bedingungen* für eine rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsangleichung, wie namentlich das Erfordernis körperlicher Veränderungen; missbräuchliche Auflagen sollen entsprechend aufgehoben werden (vgl. EUROPARAT [Fn. 54], Abs. 20). Die *Notwendigkeit der Anpassung an die veränderte Lage* bekräftigt auch der EGMR, s. EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 63, 73 ff., 85, 92 «[...] the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States and respond [...] to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]» sowie «[...] this Court has [...] emphasized the importance of keeping the need for appropriate legal measures under review having regard to scientific and societal developments».

65 Dazu Fn. 64.

66 S. Ausführungen in Kapitel II; RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 7; THE WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH), Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People, 7. Version, 2011, 4; The Yogyakarta Principles (Fn. 37), Prin-

Die zuvor beschriebenen Voraussetzungen für eine rechtliche Namens- und/oder Geschlechtsänderung wie die Diagnose einer psychischen Krankheit, eine medizinische Behandlung, invasive Operationen bis hin zu einer Sterilisierung, eine bestimmte Dauer des gelebten Geschlechts oder Auswirkungen auf den Zivilstand verletzen nicht nur die Würde und körperliche Integrität einer Person, sondern auch ihr Recht auf Familiengründung sowie ihr Recht auf Freisein von herabwürdigender und unmenschlicher Behandlung.⁵⁹ Um den Schutz dieser Rechte sicherzustellen wird entsprechend gefordert, dass beim rechtlichen Namens- und Geschlechtsänderungsprozess die Selbstbestimmung der betroffenen Person im Vordergrund stehen soll.⁶⁰ Im Juli 2016 wurde Norwegen das vierte europäische Land nach Dänemark, Irland und Malta, welches die rechtliche Anerkennung einer neuen Geschlechtsidentität vollständig von psychologischen sowie medizinischen Beurteilungen und Behandlungen abkoppelte und nur eine entsprechende Selbsterklärung der betreffenden Person voraussetzt.⁶¹

Der Bund hat sich verschiedentlich zu einem politischen Engagement gegen Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität bekannt.⁶² Die Rechtslage in der Schweiz ist hinsichtlich rechtlicher Namens- und Geschlechtsänderungen im Fall von Transgenderpersonen jedoch – wie in Kapitel III dargelegt – aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung nach wie vor unklar.⁶³ Nicht nur diese allgemeine Rechtsunsicherheit, föderalistische Willkür und Intransparenz, sondern auch verschiedene Anforderungen des rechtlichen Änderungsprozesses stellen für die Betroffenen eine kaum zu rechtfertigende, diskriminierende Belastung dar.

Im Folgenden werden vier umstrittene Punkte des aktuellen rechtlichen Namens- bzw. Geschlechtsänderungsprozesses kritisch beleuchtet: psychologische Gutachten, Erfordernis medizinischer Angleichung, Umfang der Selbstbestimmung sowie Kosten. Weiter werden Vorschläge gemacht, wie dieser Kritik entsprochen und den jüngsten medizinischen Erkenntnissen und der veränderten gesellschaftlichen Akzeptanz⁶⁴ von Transmenschen Rechnung getragen werden kann.

A. Psychologische Gutachten und Tests

Der wirksame Schutz der u.a. in der EMRK festgelegten Menschenrechte verlangt nach einer zeitgemässen Auslegung durch die rechtsprechenden Organe, welche den gesellschaftlichen wie wissenschaftlichen Fortschritt angemessen berücksichtigt.⁶⁵ Nach neuesten medizinischen und psychiatrischen bzw. psychologischen Erkenntnissen gelten Transmenschen nicht länger als psychisch krank; zuvor wurde ihnen (und wird teilweise noch immer) eine

psychische Störung, sog. «Transsexualität», attestiert.⁶⁶ Die Forschung der letzten Jahre hat jedoch gezeigt, dass allfällige Depressionen, Angstentwicklungen oder andere psychische Störungen der Betroffenen auf die schwierigen Lebensumstände und negativen Reaktionen des sozialen Umfelds zurückzuführen sind, denen sich Transmenschen oftmals ausgesetzt sehen.⁶⁷

Zahlreiche Experten aus dem medizinisch-psychiatrischen Bereich fordern daher eine klare Distanzierung vom «*Pathologiekonzept des Transsexualismus*»^{68, 69} Von der Einstufung als psychisch Kranke durch Fachpersonen mit negativen Auswirkungen auf das Selbstverständnis und das Selbstwertgefühl durch die Stigmatisierung der betroffenen Transmenschen soll abgerückt werden zugunsten eines Verständnisses als Normvariante.⁷⁰ Konsequenterweise hält RAUCHFLEISCH auch die Begutachtung von Transmenschen als Bedingung für die Änderung des amtlichen Geschlechts und Namens für überflüssig, sei sie doch bloss eine «*fachliche Bestätigung* dessen, wozu sich die betreffende Person nach reiflicher Überlegung entschieden hat»⁷¹. Er befürwortet stattdessen eine selbstbestimmte Gestaltung des Angleichungsprozesses durch die jeweiligen Transmenschen.⁷² Ähnlich äussern sich GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al., laut welchen eine vom bei der Geburt erfassten Geschlecht abweichende Geschlechtsidentität «als intrapsychisches Phänomen nicht falsifizierbar [ist] und [...] eine Selbstdiagnose dar[stellt]. Daher kann es nur frustrierend sein, den diagnostischen Prozess auf die Frage der «tatsächlichen» Existenz einer GD einzuschränken»⁷³.

B. Erfordernis einer medizinischen Angleichung

Psychologische, psychiatrische und physische Untersuchungen und Behandlungen als Vorbedingungen für eine Änderung des amtlichen Geschlechts und Namens stellen schwerwiegende Eingriffe in die psychische und physische Integrität der Betroffenen dar, welche als Grundrechtseingriffe einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. In der Medizin setzt sich heute vermehrt die Ansicht durch, dass jeder Transmensch frei darüber bestimmen können soll, ob und mit welchen Mitteln (z.B. Hormontherapie, operative Eingriffe) er eine körperliche Geschlechtsangleichung wünscht.⁷⁴ Längst nicht alle Transmenschen wollen und/oder können ihren Körper den einschneidenden Folgen einer Hormontherapie oder operativer Eingriffe unterziehen, sei es aus medizinischen, finanziellen oder anderen Gründen.⁷⁵ Aus medizinischer wie (grund-)rechtlicher Sicht werden daher medizinische Interventionen bis hin zur Sterilisation als Voraussetzung für eine Änderung des amtlichen Ge-

schlechts bei Transmenschen zunehmend als unrechtmässig und unhaltbar kritisiert.⁷⁶ Hormontherapien oder geschlechtsangleichende Operationen sind keine zwingenden Bestandteile eines Geschlechtsangleichungsprozesses in der zeitgemässen Medizin.⁷⁷ Aufgrund ausgeprägter individueller Unterschiede existiert nicht ein «richtiger» Behandlungspfad bzw. eine Behandlungsoption für alle Transmenschen, sondern es sind vielmehr unterschiedliche Wege und Möglichkeiten der Lebens- und Körpergestaltung von Transmenschen anerkannt.⁷⁸ Eine Ausgestaltung des rechtlichen Anerkennungsprozesses, welche nur eine einzige Behandlungsoption als Bedingung vorsieht, wird daher weder der realen Situation noch modernen wissenschaftlichen Erkenntnissen gerecht und wäre unverhältnismässig.⁷⁹

Aus rechtlicher Sicht darf ein körperlicher Eingriff für die Änderung des amtlichen Geschlechts und Namens ebenfalls keine zwingende Voraussetzung darstellen.⁸⁰ Sowohl eine Hormontherapie als auch sämtliche chirurgischen Eingriffe gelten strafrechtlich als Körperverletzung i.S.v. Art. 122 ff. StGB,⁸¹ als Verletzung der kör-

principle 18 «Protection from Medical Abuses»: «[...] a person's sexual orientation and gender identity are not, in and of themselves, medical conditions and are not to be treated, cured or suppressed». Für die Schweiz s. DAVID GARCIA/PATRICK GROSS/MYSHELLE BAERISWYL et al., Von der Transsexualität zur Gender-Dysphorie – Beratungs- und Behandlungsempfehlungen bei TransPersonen, Schweizerisches Medizin-Forum Nr. 19 2014, 382 ff.

67 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 7 f.; WPATH (Fn. 66), 4.

68 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 8.

69 So etwa GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al. (Fn. 66), 382 ff.; WPATH (Fn. 66), 4.

70 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 8; RECHER (Fn. 1), 638 f.; WPATH (Fn. 66), 1 f, 4.

71 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 13.

72 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 13.

73 GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al. (Fn. 66), 384.

74 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 13; WPATH (Fn. 66), 2, 8 f.

75 HAMMARBERG (Fn. 4), 13 f.; WPATH (Fn. 66), 2, 8 f.

76 HAMMARBERG (Fn. 4), 13 f.; s. auch Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 3/03 (6. Dezember 2005), Rn. 25. The Yogyakarta Principles (Fn. 37), Principle 3 «The Right to Recognition before the Law»: «No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity».

77 GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al. (Fn. 66), 387.

78 GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al. (Fn. 66), 386; HAMMARBERG (Fn. 4), 13 f.; WPATH (Fn. 66), 8 f.

79 HAMMARBERG (Fn. 4), 13.

80 Ausführlich RECHER (Fn. 1), 633 ff.

81 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

perlichen Integrität.⁸² Auch verschiedene Grundrechte wie das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) sowie das Folterverbot und das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK) schützen die Selbstbestimmung über den eigenen Körper.⁸³ Medizinische Eingriffe in die körperliche Integrität können zwar durch eine Einwilligung der betroffenen Person gerechtfertigt werden, diese hat jedoch aus eigenem, frei gebildeten Willen zu erfolgen.⁸⁴ Führen die medizinischen Eingriffe zu einer dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit, wie dies bei einer Hormonbehandlung oder einer Operation primärer Geschlechtsorgane zum Zweck einer Geschlechtsangleichung meist der Fall ist, kommt das Sterilisationsgesetz⁸⁵ zur Anwendung. Dieses untersagt die Sterilisation minderjähriger Personen mit wenigen Ausnahmen (Art. 3 Sterilisationsgesetz) und erlaubt die

Sterilisation einer volljährigen, urteilsfähigen Person nur, «wenn diese über den Eingriff umfassend informiert worden ist und diesem frei und schriftlich zugestimmt hat» (Art. 5 Abs. 1 Sterilisationsgesetz). Eine Einwilligung aufgrund des frei gebildeten Willens der Person ist jedoch gerade dann nicht möglich, wenn für die Änderung des amtlichen Geschlechts und Namens eine die Fortpflanzungsfähigkeit der Person beeinträchtigende medizinische Behandlung als zwingende Bedingung angesehen wird.⁸⁶ Ist dies der Fall, befindet sich die betroffene Person in einem Dilemma, denn jede Entscheidungsmöglichkeit ist mit einer Beeinträchtigung wesentlicher Grundrechte verbunden.⁸⁷

Derart schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie sie die Erhebung von geschlechtsangleichenden medizinischen Eingriffen zur *condicio sine qua non* der Änderung des amtlichen Geschlechts verursacht, sind auch im Lichte von Art. 36 BV nicht haltbar.⁸⁸ Eine Rechtfertigung scheitert bereits am Fehlen einer gesetzlichen Grundlage:⁸⁹ Art. 7 Abs. 2 lit. o ZStV ist kein Gesetz im formellen Sinne und statuiert überdies lediglich, dass eine «Geschlechtsänderung» in den Registern einzutragen ist. Das Sterilisationsgesetz verbietet solche Massnahmen gar explizit. Solche schwerwiegenden Eingriffe in die körperliche Identität sind keinesfalls verhältnismässig und können zudem weder durch öffentliche Interessen noch durch Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden.⁹⁰

Daraus folgt klarerweise, dass es bereits unter geltendem Schweizer Recht Staatsorganen nicht «erlaubt ist, körperliche Eingriffe und insbesondere Fortpflanzungsunfähigkeit für die Änderung von Name und amtlichen Geschlecht von Transmensch einzufordern»^{91, 92}

C. Mangelnde Selbstbestimmung der betroffenen Person

Der EGMR betont den Respekt für die Würde und Freiheit des Menschen als Kerngehalt der EMRK und von Art. 8 EMRK im Besonderen: «[...] the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings»⁹³. Die neuen Behandlungsstandards für die Schweiz betonen die Wichtigkeit der Selbstbestimmung auch aus medizinischer Sicht: «Es kann nur im Ermessen der einzelnen TransPerson liegen, ihre Geschlechtsidentität zu benennen und wie sie diese gestalten möchte [...]»⁹⁴. Auch die Yogyakarta Principles halten fest, dass niemand zu irgendeiner Form medizinischer oder psychologischer Behandlung, zu Verfahren oder Tests gezwungen werden soll.⁹⁵

82 RECHER (Fn. 1), 633 f.

83 RECHER (Fn. 1), 634.

84 RECHER (Fn. 1), 634.

85 Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (Sterilisationsgesetz), SR 211.111.1.

86 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 63), 943.

87 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 63), 943. Dazu treffend Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 3295/07 (11. Januar 2011), Rn. 69 (Hervorhebung durch die Autorinnen): «Wird einem Transsexuellen auferlegt, sich zur Erlangung der personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht operativen Eingriffen zu unterziehen, die seine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit herbeiführen, bringt ihn dies in die Zwangssituation, entweder dies abzulehnen, damit aber auf seine rechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht verzichten zu müssen, was ihn dazu zwingt, dauerhaft im Widerspruch zu seiner rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit zu leben, oder folgenreiche Operationen hinzunehmen, die nicht nur körperliche Veränderungen und Funktionsverluste für ihn mit sich bringen, sondern auch sein menschliches Selbstverständnis berühren, um auf diesem einzig möglichen Weg zu seiner personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht zu gelangen. Welche Entscheidung der Betroffene auch trifft, er wird stets in wesentlichen Grundrechten, die seine psychische oder körperliche persönliche Integrität betreffen, beeinträchtigt.»

88 RECHER (Fn. 1), 635.

89 RECHER (Fn. 1), 634.

90 RECHER (Fn. 1), 635.

91 RECHER (Fn. 1), 636.

92 S. auch EAZW (Fn. 42), 2; BÜCHLER/COTTIER (Fn. 63), 943.

93 EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 90 m.w.H. auf die bisherige Rechtsprechung.

94 GARCIA/GROSS/BAERISWYL et al. (Fn. 66), 384.

95 The Yogyakarta Principles (Fn. 37), Principle 18 «Protection from Medical Abuses».

Meist geht dem Antrag auf eine amtliche Namens- und/oder Geschlechtsänderung eine langjährige Geschlechtsidentitätsfindungsphase voraus, welche eine spätere erneute Änderung oder gar einen Missbrauch der Änderungsmöglichkeit unwahrscheinlich erscheinen lässt.⁹⁶ Bedenken hinsichtlich eines Missbrauchs der Möglichkeit, das amtliche Geschlecht zu ändern, scheinen bereits angesichts des gesellschaftlichen Drucks, der mit einer Geschlechtsumstellung einhergeht, unbegründet.⁹⁷ Bei Gutheissung einer Namens- und/oder Geschlechtsänderung entsteht kein nennenswerter Schaden für andere Personen, jedoch werden bei einer Ablehnung die Rechte und Interessen der betroffenen Person stark verletzt bzw. eingeschränkt. Ein mögliches öffentliches Interesse an gleichbleibendem amtlichem Geschlecht bzw. Namen oder der Verhinderung von missbräuchlichen Änderungen unterliegt klarerweise gegenüber dem individuellen Interesse⁹⁸ an einer Kongruenz von amtlichem Geschlecht und Namen mit der eigenen Geschlechtsidentität, das als Ausfluss von Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV höchsten rechtlichen Schutz genießt.⁹⁹ Für den (äusserst unwahrscheinlichen) Fall einer möglichen Rückänderung sollten konsequenterweise die Hürden ebenfalls tief liegen, insbesondere bei Minderjährigen, da deren Geschlechtsidentität unter Umständen noch nicht gefestigt ist.¹⁰⁰ Auch hier überwiegt das Interesse der betroffenen Person an einer (erneuten) Kongruenz von Geschlechtsidentität und amtlichem Geschlecht und Namen klar gegenüber möglichen entgegenstehenden öffentlichen Interessen. So sieht denn auch das neue norwegische Gesetz zu Transmenschen keine Beschränkung der Anzahl amtlicher Geschlechtsänderungen einer Person vor.¹⁰¹

In Bezug auf mögliche entgegenstehende öffentliche Interessen fand der EGMR klare Worte:

«No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.»¹⁰²

D. Exkurs: Kostenfrage (Krankenkassen)

Die Entpathologisierung darf jedoch nicht dazu führen, dass Transmenschen vollständig für die Kosten der von ihnen gewünschten psychologischen oder medizinischen Massnahmen aufkommen müssen. Die von verschiedenen Organisationen geforderte effektive Zugänglichkeit einer Geschlechtsangleichung setzt insbesondere voraus,

dass diese den Betroffenen auch finanziell möglich ist.¹⁰³ Laut Europarat sollen die Mitgliedstaaten Massnahmen ergreifen, welche ungerechtfertigte und unangemessene Einschränkungen der von den Krankenversicherungen übernommenen Kosten verhindern sollen.¹⁰⁴ Auch gemäss EGMR-Rechtsprechung sind «medizinisch notwendige» Behandlungen inkl. geschlechtsangleichender Operationen von den Krankenversicherungen abzudecken.¹⁰⁵

V. Fazit

Letztendlich hat sich gezeigt, dass an die Änderung des amtlichen Geschlechts und des Namens geknüpfte Bedingungen, welche über einen aus freiem gebildeten und geäusserten Wunsch zu ebendieser Änderung hinausgehen, medizinisch wie rechtlich nicht (mehr) begründbare Hürden auf dem Weg zur rechtlichen Anerkennung der Transidentität der Betroffenen darstellen. Diese Bedingungen ziehen zudem das rechtliche Verfahren in die Länge, erhöhen dessen Kosten und stehen so der geforderten raschen und kostengünstigen Herstellung von Kongruenz zwischen Geschlechtsidentität und amtlichem Geschlecht bzw. Namen entgegen.¹⁰⁶

Die Schweiz sollte durch die Schaffung einer klaren gesetzlichen Grundlage, welche die Selbstbestimmung der Transmenschen ins Zentrum des amtlichen Änderungs-

96 S. Ausführungen in Kapitel II. Vgl. Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Entscheid vom 13. Oktober 2011 i.S. A.H.M. gegen Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern, BC 138/11, FamPra 2012, 140 ff., E. 4.d; Urteil des Zürcher Obergerichts NC090012 vom 1. Februar 2011, E. 4.2.2.

97 ANNETTE-KATHRIN GÜLDENRING, Zur «Psychodiagnostik von Geschlechtsidentität» im Rahmen des Transsexuellengesetzes, Zeitschrift für Sexualforschung Nr. 2 2013, 160 ff., 172. Zustimmend RECHER (Fn. 1), 635.

98 HAMMARBERG (Fn. 4), 12 ff., 19 ff.

99 EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 93.

100 RAUCHFLEISCH (Fn. 1), 90.

101 MINISTRY OF HEALTH AND CARE SERVICES, Prop 74 L (2015–2016), Proposition to the Storting (proposal for a legislative decision), The Legal Gender Amendment Act, 18. März 2016, tgeu.org/wp-content/uploads/2016/07/Prop74LEng.pdf, abgerufen am 10. Januar 2017.

102 EGMR *Goodwin v. UK*, 28957/95 (2002), Ziff. 91.

103 Vgl. EUROPARAT (Fn. 54), Abs. 35.

104 Vgl. EUROPARAT (Fn. 54), Abs. 36.

105 EGMR *L. v. Lithuania*, 27527/03 (2007), Ziff. 59, 74; EGMR *Van Kück v. Germany*, 35968/97 (2003), Ziff. 73, 82. S. auch HAMMARBERG (Fn. 4), 17 f.

106 HAMMARBERG (Fn. 4), 12; RECHER (Fn. 1), 639.

prozesses rückt, der Forderung nach einer «Möglichkeit, in offiziellen Dokumenten den Namen und das Geschlecht rasch und in transparenter und zugänglicher Weise zu ändern»¹⁰⁷, nachkommen. In einem Spezialgesetz könnte auch das Verhältnis zu anderen Normen geregelt werden, etwa im Bereich des Familienrechts. Zudem soll durch ein solches Gesetz die entsprechende Anerkennung und die Änderungen in weiteren Dokumenten wie Schul- oder Arbeitszeugnissen sichergestellt werden.¹⁰⁸ Aber auch bereits nach der bestehenden rechtlichen Grundlage in der Schweiz ist «eine grundlegende Abkehr von den bisher fremdbestimmten und pathologisierenden Verfahren hin zu einem Verfahren basierend auf der Selbstbestimmung der Transmenschen»¹⁰⁹ nicht nur möglich, sondern dringend notwendig.

¹⁰⁷ EUROPARAT (Fn. 54), Abs. 21.

¹⁰⁸ Vgl. EUROPARAT (Fn. 54), Abs. 21.

¹⁰⁹ RECHER (Fn. 1), 640.