



Article scientifique

Article

2002

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Ueber die  
Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher  
Geschlechterkategorisierungen

---

Büchler, Andrea; Cottier, Michelle

**How to cite**

BÜCHLER, Andrea, COTTIER, Michelle. Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Ueber die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen. In: FAMRA.ch, 2002, vol. 3, n° 1, p. 20–47.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:75247>

## Transsexualität und Recht

**Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen.**

*Andrea Büchler, Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Basel*

*Michelle Cottier, lic. iur., MA, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Basel*

---

**Stichwörter:** *Transsexualität, Geschlechtsumwandlung, Statusklage, Recht auf geschlechtliche Identität, Geschlecht*

**Mots clefs:** *Transsexualité, changement de sexe, action d'état civil, droit à l'identité sexuelle, sexe.*

---

### I. Die Prämisse: Eine bipolare Geschlechterordnung

Wird ein Kind geboren, so stellt sich als Erstes die Frage nach dessen Geschlecht. Zwar werden einige behaupten, das Geschlecht des Kindes lasse ihr Verhalten dem Neugeborenen gegenüber unbeeinflusst,<sup>1</sup> gleichwohl brauchen wir diese erste Gewissheit. Auf unsere Frage gibt es nur zwei mögliche Antworten. Die bei der Geburt vorgenommene Zuordnung bleibt bestimmend für das ganze Leben, und deren soziale und rechtliche Folgen sind enorm.<sup>2</sup> Das geltende Recht verlangt, dass die Geschlechtszugehörigkeit sofort bestimmt und amtlich gemacht wird: Im Laufe der ersten drei Lebensstage<sup>3</sup> muss die Geburt angezeigt und damit auch Name und Geschlecht<sup>4</sup> des Kindes im Geburtsregister eingetragen werden. Für Zweifel bleibt keine Zeit.

Folglich ist nicht nur das Geschlecht ein bestimmender Faktor, auch die Existenz von nur zwei Geschlechtskategorien, männlich und weiblich, gilt als Grundtatsache, als nicht weiter hinterfragbares Faktum, das zwar nicht mehr zwingend als

---

1 Das entspricht freilich nicht den Tatsachen. Zahlreiche Untersuchungen belegen, dass unser Verhalten differiert je nach dem, ob wir es mit einem Knaben oder mit einem Mädchen zu tun haben. Vgl. z.B. die Beiträge in SCARBATH/SCHLOTTAU/STRAUB/WALDMANN (Hrsg.), *Geschlechter: zur Kritik und Neubestimmung geschlechterbezogener Sozialisation und Bildung*, Opladen 1999.

2 Trotz des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 BV) ist das biologische Geschlecht nach wie vor rechtlich von einiger Bedeutung, so zum Beispiel in den Bereichen der Wehrpflicht, des Abstammungsrechts, des Sozialversicherungsrechts, des Strafrechts usw. Auch die Rechtswirklichkeit entspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz bekanntlich noch lange nicht.

3 Art. 65 Abs. 1 Zivilstandsverordnung (ZStV).

4 Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 ZStV.

Resultat göttlicher Schöpfung betrachtet wird, gleichwohl als Bestandteil der Natur gilt.<sup>5</sup>

Die Zweigeschlechtlichkeit ist geschichtlich betrachtet ein neueres Phänomen. Bis ins 18. Jahrhundert herrschte nämlich in unseren Breitengraden das Ein-Geschlechts-Modell vor, wonach die Frau als Variante des Mannes betrachtet wurde. Eine sich allmählich herausbildende Kultur der Differenz führte dazu, dass das Einzugunsten des eine polare Ordnung implizierenden Zwei-Geschlechter-Modells aufgegeben wurde.<sup>6</sup> Doch auch heute setzt die Biologie Fragezeichen hinter die Selbstverständlichkeit der Zweigeschlechtlichkeit und die Eindeutigkeit der Zuordnung. Das biologische Geschlecht ist nämlich nicht immer sicher zu bestimmen. Wie GILDEMEISTER und WETTERER zusammenfassend feststellen, treffen Biologie und Physiologie «eine weitaus weniger trennscharfe und weniger weitreichende Klassifizierung als manche Sozialwissenschaft (und das Alltagsbewusstsein) und entwerfen ein sehr viel differenzierteres Bild des scheinbar so wohlumrissenen binären biologischen Geschlechts. Männliches und weibliches Geschlecht sind nicht zwei entgegengesetzte, einander ausschliessende Kategorien, sondern vielmehr ein Kontinuum, bestehend aus dem genetischen Geschlecht, dem Keimdrüsengeschlecht und dem Hormonengeschlecht.»<sup>7</sup> In der modernen Biologie werden Diskrepanzen zwischen chromosomalem, gonadalem und/oder somatischem Geschlecht als so genannte Intersexualität anerkannt.<sup>8</sup> Die quantitativen Angaben bezüglich des Vorkommens der Intersexualität bei Neugeborenen variieren zwischen 0,003 bis 4 Prozent.<sup>9</sup> Befunde der ethnologischen Geschlechterforschung verweisen zudem darauf, dass erstens die Binarität der Geschlechterordnung keine universelle Selbstverständlichkeit ist und es zweitens Kulturen gibt, die den Varianzen durch die Unterscheidung mehrerer Geschlechter Rechnung tragen oder die zumindest keine essentielle Verbindung zwischen dem biologischem und dem sozialen Geschlecht herstellen.<sup>10</sup>

Im geltenden Kontext der Zweigeschlechtlichkeit gibt es mindestens zwei auf den ersten Blick entgegengesetzte Perspektiven der Annäherungen an Transsexualität

- 
- 5 Vgl. GILDEMEISTER REGINE/WETTERER ANGELIKA, Die soziale Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit und ihre Reifizierung in die Frauenforschung, in: KNAPP/WETTERER (Hrsg.), Traditionen – Brüche. Entwicklungen feministischer Theorie, Freiburg i. Br. 1992, 201.
- 6 Vgl. ausführlich zum Wandel vom Ein- zum Zwei-Geschlechter-Modell LAQUEUR THOMAS, Auf dem Leib geschrieben. Die Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud, Frankfurt am Main 1992, 87 ff.
- 7 GILDEMEISTER REGINE/WETTERER ANGELIKA (Fn. 5), 201, 209. So auch LORBER JUDITH/FARELL SUSAN A., Principles of Gender Construction. Preface Part I, in: LORBER/FARELL (Hrsg.), The Social Construction of Gender, Newbury Park/London/New Delhi 1991, 7 ff.
- 8 Hermaphroditen, auch Zwitter genannt, sind eine Form von Intersexen. Intersexualität ist klar von der Transsexualität zu unterscheiden.
- 9 Vgl. HALLER DIETER, Wider das Diktat der zweigeschlechtlichen Ordnung des Sozialen. Ethnologische Ansätze zur Frage der Identität, NZZ vom 1./2. Juli 2000, 95. Vgl. auch HERRING JONATHAN, Assigning Sex and Intersexuals, [2001] Fam Law 762 ff.
- 10 Siehe dazu die Hinweise in HALLER DIETER (Fn. 9), 95.

lität beziehungsweise an den Diskurs<sup>11</sup> über diese. Transsexualität meint die Diagnose einer Inkongruenz zwischen dem biologischen und dem sozialen Geschlecht im Sinne einer Abweichung von der Norm der Koinzidenz. Folglich setzt einerseits das Konzept der Transsexualität und die Möglichkeit des Geschlechtswechsels eine bipolare Geschlechterordnung voraus. Transsexualität erscheint als (Neben-)Produkt eines binär strukturierten Denkens. Sie setzt aber nicht nur ein solches Denken voraus. Die der Transsexualität zugrunde liegende «Objekt-Subjekt-Spaltung» und der starke Wunsch der Betroffenen nach einer «Konvergenz-Prozedur»,<sup>12</sup> also eines Verfahrens zur Herstellung von Übereinstimmung zwischen Biologie und Identität – in der feministisch-theoretischen Sprache zwischen Sex und Gender<sup>13</sup> –, bedeutet auch eine ständige Reproduktion der Logik, die Transsexualität erst hervorruft: »Die bedauerte Konvertibilität der Geschlechter endet mit dem Platzwechsel innerhalb eines Geschlechtersystems, dessen zweiwertige Logik dadurch ebensowenig in Frage gestellt wird wie seine implizite Asymmetrie.«<sup>14</sup> Das Insistieren auf eine von dem vorgegebenen biologischen Geschlecht abweichende und mit diesem angeblich inkompatible Geschlechtsidentität betont nicht nur die polare Zweigeschlechtlichkeit, sondern ebenso die zwingende Kongruenz zwischen biologischen und sozialen Kategorien. Andererseits lässt sich nicht leugnen, dass das Phänomen der Transsexualität nicht nur die «Natürlichkeit» der Geschlechter in Frage stellt und als unerhörter Akt des Widerstandes gegen die Natur bezeichnet werden könnte, sondern auch die gewohnten Ordnungskategorien anzweifelt. Die vermeintliche Selbstverständlichkeit des biologischen Geschlechts als unabänderliche Kategorie und deshalb Grundlage von Geschlechtsidentität und heterosexueller Subjektivität erfährt eine Erschütterung. Und es ist wohl das subversive Potenzial, welches dem gedanklichen oder realen Moment der geschlechtlichen Grenzüberschreitung (und -auflösung?) innewohnt, das der Transsexualität öffentliches und wissenschaftliches Interesse einträgt.<sup>15</sup>

11 Transsexualität und der Diskurs über diese sind im Grunde zu trennen, vor allem im Hinblick darauf, dass der Diskurs Aufschluss über die Mechanismen der Konstruktion gibt, Transsexualität als Phänomen hingegen das Leben von Personen bestimmt.

12 RUNTE ANNETTE, *Biographische Operationen. Diskurse der Transsexualität*, München 1996, 14.

13 Gemeint ist die im feministischen Diskurs fest verankerte terminologische Trennung zwischen dem biologischen und dem sozialen Geschlecht. «Sex» meint demnach das aufgrund körperlicher Merkmale identifizierte Geschlecht einer Person, «Gender» hingegen bezieht sich auf die sozialen Konsequenzen dieser geschlechtlichen Zuordnung. Die Gender-Rollen, welche eine Person übernimmt, um die mit dem biologischen Geschlecht verbundenen Erwartungen zu erfüllen, sind Teil der geschlechtlichen Identität. Vgl. eingehend zum Begriff «Gender» und seine Bedeutung für das Recht KÄGI-DIENER REGULA, *Gender Studies – vom Geheimcode zum Schlüsselwort? Was bringt die Gender-Perspektive dem Recht?*, AJP 2001, 371 ff.

14 RUNTE ANNETTE (Fd. 12), 14.

15 Vgl. auch JÄGER ULLE, *Transgender: Shifting the Paradigm? Zur Aufrechterhaltung und Infragestellung der zweigeschlechtlichen Ordnung*, in: BRANDER/SCHWEIZER/SITTER-LIVER (Hrsg.), *Geschlechterdifferenz und Macht. Reflexion gesellschaftlicher Prozesse*, Freiburg i. Ü. 2001, 77, 79 f.

In der Widersprüchlichkeit dieser zwei Perspektiven der Annäherung widerspiegelt sich das Dilemma des Sex-Gender-Diskurses. Mit der Unterscheidung zwischen Sex und Gender wurde es zwar möglich, determinierte Zuweisungsprozesse zu brechen und persönliche Optionen unabhängig vom Geschlecht zu denken. «Man kommt nicht als Frau zur Welt, man wird es», hiess der programmatische Satz von SIMONE DE BEAUVOIR. Diese Analyse war notwendig, um dem dominanten Diskurs zu begegnen, welcher das gesellschaftliche Verhältnis der Geschlechter und deren verschiedene Rollen primär in der unterschiedlichen körperlichen Beschaffenheit der Geschlechter begründete.<sup>16</sup> Allerdings basiert auch der Sex-Gender-Diskurs auf einer biologischen Konstante, auf der Invariabilität und Binarität der Kategorie Sex. Hingegen haben Untersuchungen darauf hingewiesen, dass das, was als Sex wahrgenommen wird, ebenso vom jeweiligen sozialen und historischen Kontext abhängig ist.<sup>17</sup> Weil im Sex-Gender-Diskurs das eine ohne das andere nicht zu denken ist, Identitätserwerb jenseits eines Bezuges auf die Geschlechterkategorisierung nicht möglich ist und Identität also immer (auch) als Bearbeitung der biologischen Zuordnung erscheinen muss, ist das Modell kaum geeignet, Phänomene der Inkongruenz von sozialen, biologischen und rechtlichen Geschlechterkategorien theoretisch anzugehen.

Einen theoretischen Ausweg bietet der Gedanke der Konstruktion, welcher in der feministischen Theoriebildung seit den späten 70er Jahren an Bedeutung gewonnen hat. Die These lautet, dass die Geschlechter und die zwischen diesen bestehenden Differenzen durch eine Vielzahl sozialer Prozesse hervorgebracht werden und auch das biologische Geschlecht keine ausserkulturelle Naturtatsache darstellt: «Die noch in feministischen Analysen als selbstverständlich biologisch vorgegeben gedachte Zweigeschlechtlichkeit des Menschen erweist sich als undurchschaute soziale Konstruktion, deren universalistische Implikationen nicht zuletzt ethnozentrische Vorurteile festschreiben.»<sup>18</sup> Demgegenüber vertritt die Theorie der Konstruktion, dass geschlechtlich differente Körper als Resultat gesellschaftlicher Praktiken zu verstehen sind.<sup>19</sup> Die entsprechenden Untersuchungen beschäftigen sich mit der Frage, mit welchen Mitteln, an welchen Orten, zu welchen Zeiten und politischen Zwecken die bipolare Geschlechterordnung erzeugt wird.<sup>20</sup> Die Konstruktion der Transsexualität ist in diesem diskursiven Kontext immanenter Bestandteil der Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, und deshalb lässt sich am Beispiel der Transsexualität Geschlechterkonstruktion veranschaulichen. Die wegweisende Arbeit von

16 Vgl. MAIHOFER ANDREA, *Geschlecht als Existenzweise*, Frankfurt am Main 1995, 19.

17 Wegweisend LAQUEUR THOMAS (Fn. 6).

18 GILDEMEISTER REGINE/WETTERER ANGELIKA (Fn. 5), 201, 210.

19 Wegweisend BUTLER JUDITH, *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt am Main 1991; vgl. LINDEMANN GESA, *Körper – Leib – Geschlechterdifferenz*, in: BRANDER/SCHWEIZER/SITTER-LIVER (Hrsg.), *Geschlechterdifferenz und Macht. Reflexion gesellschaftlicher Prozesse*, Freiburg i. Ü. 2001, 15 ff.

20 Vgl. GILDEMEISTER REGINE/WETTERER ANGELIKA (Fn. 5), 201, 202.

HIRSCHAUER hat die medizinischen, sozialen und politischen Prozesse untersucht, die zum theoretischen und praktischen Konzept der Transsexualität geführt haben und führen. Er ist nicht nur zum Schluss gekommen, dass Transsexualität ein historisches Projekt war,<sup>21</sup> sondern auch, dass «Transsexualität vor allem durch die Medizin selbst hervorgebracht wird.»<sup>22</sup>

## II. Medizinische Behandlung von Transsexualität

Dass das Phänomen der Transsexualität ein geeignetes Demonstrationsobjekt für die Analyse der sozialen Konstruktion der bipolaren Geschlechterordnung abgibt und diese gleichzeitig in geradezu subversiver Weise untergräbt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass gerade diese Zugehörigkeit zu einem der beiden sozial (und rechtlich) akzeptierten Geschlechter für Transsexuelle eine materielle und reale Bedeutung hat. Transsexuelle sind Menschen, die sich in einem bestimmten Zeitpunkt dazu entscheiden, von ihrem körperlich sichtbaren und in den Zivilstandsregistern festgehaltenen Geschlecht in das andere zur Verfügung stehende Geschlecht zu wechseln. Der Begriff Transsexualismus wird medizinisch bezeichnet als «der Wunsch, als Angehöriger des anderen Geschlechtes zu leben und anerkannt zu werden. Dieser geht meist mit Unbehagen oder dem Gefühl der Nichtzugehörigkeit zum eigenen anatomischen Geschlecht einher. Es besteht der Wunsch nach chirurgischer und hormoneller Behandlung, um den eigenen Körper dem bevorzugten Geschlecht soweit wie möglich anzugleichen.»<sup>23</sup> Anders als bei der Intersexualität besteht bei diesen Menschen bei Geburt in der Regel eine Übereinstimmung von chromosomalem, gonadalem und somatischem Geschlecht.<sup>24</sup> Transsexuelle lehnen nicht nur diesen Körper und insbesondere seine äusseren Merkmale, sondern auch die damit verbundene Geschlechtsrollenerwartung ab.<sup>25</sup> Damit handelt es sich weniger um ein Problem der Sexualität denn um Widersprüche in der Geschlechtsidentität, welche für die Betroffenen mit einem erheblichen Leidensdruck verbunden sind.<sup>26</sup>

In der Schweiz ist die Durchführung von Geschlechtsumwandlungsoperationen als Behandlung bereits seit den 1930er Jahren bekannt.<sup>27</sup> Bezüglich der heutigen

21 Dazu nachstehend III. 1. a).

22 HIRSCHAUER STEFAN, Die soziale Konstruktion der Transsexualität, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1999, 9.

23 Definition nach ICD-10, F 64.0; vgl. auch RAUCHFLEISCH U./BARTH D./BATTEGAY R., Resultate einer Langzeitkatamnese von Transsexuellen, Nervenarzt 1998, 799.

24 Vgl. SHARPE ANDREW NEVILLE, Anglo-Australian Judicial Approaches to Transsexuality: Discontinuities, Continuities and Wider Issues at Stake, 6 Social & Legal Studies 1997, 23.

25 Vgl. SPEHR CHRISTIANE, Probleme der Transsexualität und ihre medizinische Bewältigung, Heidelberg 1997, 2.

26 Vgl. CORRELL CATHRIN, Im falschen Körper, Ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität, NJW 1999, 3372, 3373.

27 Nachweise in ZBl 1961, 418, 420.

Verbreitung des Phänomens variieren die internationalen Schätzungen zwischen 1,9 bis 2,4 transsexuelle Personen auf 100 000 Einwohner,<sup>28</sup> was für die Schweiz eine Zahl von ca. 137 bis 173 Betroffenen ergeben würde.<sup>29</sup> Die Zahl der Mann-zu-Frau-Transsexuellen war noch in den 50er Jahren, als die ersten international beachteten Operationen durchgeführt wurden,<sup>30</sup> im Vergleich zu den Frau-zu-Männ-Transsexuellen bis zu 50 mal höher. Nun wird in der Literatur von einem Verhältnis von 3:1 bis 1:1 berichtet.<sup>31</sup>

Seit den 50er Jahren wurde in der Medizin ein Therapiekonzept für die Behandlung von Transsexualität entwickelt, das in international verbreiteten Standards festgehalten<sup>32</sup> und heute auch in der Schweiz allgemein anerkannt ist.<sup>33</sup> Die Behandlung beginnt mit einer etwa einjährigen psychotherapeutisch begleiteten Phase der Diagnosestellung, welche auch den so genannten Alltagstest, das heisst das Leben in der anderen Geschlechtsrolle, einschliesst. Darauf folgt die Hormonbehandlung, die bereits körperliche Merkmale wie Haarwuchs, Stimme oder Fettverteilung am Körper verändert. Als letzter Schritt können sich Transsexuelle schliesslich einer Operation unterziehen, in der ihnen die Merkmale des Ausgangsgeschlechts entfernt und diejenigen des Zielgeschlechts soweit möglich aufgebaut werden.<sup>34</sup> Die Betroffenen werden durch die Operation fortpflanzungsunfähig gemacht. Zudem sind häufig auch trotz der operativen Behandlung noch weiterhin Merkmale des Ausgangsgeschlechts erkennbar. Auch wenn die medizinische Fachwelt von den operierten Transsexuellen als «neugeschlechtliche Menschen»<sup>35</sup> spricht, muss aus diesen Gründen die Totalumwandlung als Fiktion bezeichnet werden.<sup>36</sup> Das auf Pathologisierung und Heilung von

28 Vgl. SIGUSCH VOLKMAR, *Transsexualismus, Forschungsstand und klinische Praxis*, Nervenarzt 1997, 870, 873. Für die Zahl der Anträge auf Vornamens- und Geschlechtsänderung in Deutschland vgl. OSBURG SUSANNE/WEITZE CORDULA, *Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz, Recht & Psychiatrie* 1993, 94 ff.

29 Genaue Fallzahlen fehlen für die Schweiz, vgl. ZEYER ALBERT, *Transsexualismus jenseits der Sensation, Abklärungs- und Behandlungskonzepte in der Schweiz*, NZZ vom 18./19. September 1999.

30 Vereinzelt wurden solche Eingriffe in Mitteleuropa bereits am Anfang des Jahrhunderts vorgenommen, vgl. SIGUSCH VOLKMAR, *Nervenarzt* 1997, 870.

31 Vgl. SIGUSCH VOLKMAR, *Nervenarzt* 1997, 870, 873.

32 Vgl. für die deutschen Standards: KOCKOTT G., *Mitteilung über die Veröffentlichung von Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen*, *Nervenarzt* 1997, 920 ff.; *Standards der Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*: <http://www.hbigda.org/soc.html>.

33 Vgl. ZEYER ALBERT, *NZZ* vom 18./19. September 1999.

34 Vgl. für Beschreibungen des Behandlungsablaufes: ZEYER ALBERT, *NZZ* vom 18./19. September 1999; SPEHR CHRISTIANE (Fn. 25), 4 ff.; SIGUSCH VOLKMAR, *Nervenarzt* 1997, 870, 874 ff.

35 So ZEYER ALBERT, *NZZ* vom 18./19. September 1999.

36 Vgl. WHITTLE STEPHEN, *Transgender – A New Agenda in Human Rights*, in: HEGARTY (Hrsg.), *A Human Rights Agenda for the Twenty First Century*, London 1999, 201 ff., auch publiziert unter <http://www.ts-information.de/whittle.htm> 1 (zuletzt besucht am 26.9.2001); die Seitenangaben beziehen sich im Folgenden auf die elektronische Version.

«Störungen» der Geschlechtsidentität durch Operation basierende medizinische Modell der Transsexualität ist denn auch zunehmender Kritik ausgesetzt.<sup>37</sup>

### III. Transsexualität und Recht

#### *1. Geschichtlicher und rechtlicher Diskurs der Idee der Zweigeschlechtlichkeit und der Transsexualität*

##### a) Geschichtliche Anmerkungen

Wirft man einen Blick zurück in die Geschichte der Geschlechtsbestimmung, so definierte das Recht nicht immer eine rein zweigeschlechtliche Ordnung.<sup>38</sup> Das römische Recht kannte für Fälle «genitaler Zweideutigkeit» die Regelung, wonach das «Überwiegen» der Merkmale über die Geschlechtszugehörigkeit entschied. Das kanonische Recht entwickelte neben dem Prinzip des Überwiegens eine zusätzliche, eigenständige Lösung: Der Zwitter erhielt mit dem Erreichen des heiratsfähigen Alters ein geschlechtliches Wahlrecht, er konnte sich zum einem oder anderen Geschlecht bekennen. Dem Vater kam im Sinne eines provisorischen Fremdbestimmungsrechts bei Minderjährigkeit das Recht zu, zum Zeitpunkt der Taufe das vorerst geltende Geschlecht zu bestimmen. Im Laufe des 18. Jahrhunderts allerdings schwand zufolge des wachsenden Einflusses der Medizin das Selbstbestimmungsrecht, und es setzte sich allmählich eine Untersuchungspflicht durch. Mit medizinischen Expertenurteilen wurde versucht, das wahre Geschlecht zu entziffern, in der Meinung, was als Hermaphroditismus galt, lediglich Pseudohermaphroditismus sein könne. Die Mediziner widmeten sich also zunehmend der Geschlechtsbestimmung, der Freilegung des zwar verborgenen, aber natürlichen Geschlechts. Sowohl das Bayerische Gesetzbuch von 1756 wie auch das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 kannten allerdings noch Zwitter. Diese Regelungen widerspiegeln einen Kompromiss zwischen dem Prinzip der Selbstbestimmung und der Definitionsmacht der Ärzteschaft. Während ersteres Gesetz sich noch am Konzept des «Überwiegens» orientierte und dafür den Rat der Sachverständigen befolgte,<sup>39</sup> stellte das Preussi-

37 Vgl. SWARTZ LOUIS H., A Time for Stocktaking: Law, Marriage and Social Policy under the Medical Model of Transsexualism – and Afterwards, Paper Presented at the 4<sup>th</sup> International Congress on Crossdressing, Sex & Gender, Philadelphia 2000.

38 Der folgende Abschnitt basiert insbesondere auf HIRSCHAUER STEFAN (Fn. 22), 69 ff., und ausführlicher WACKE ANDREAS, Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen. Zur Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte, in: EYRICH/ODERSKY/SÄCKER (Hrsg.), FS für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, 861 ff.

39 «Hermaphroditen werden dem Geschlecht beygezehit, welches nach Rath und Meinung deren Verständigen vordringt; falls sich aber die Gleichheit hierin bezeigt, sollen sie selbst eins erwählen, und von dem Erwählten sub Poena Falsi nicht abweichen». Zitiert nach HIRSCHAUER STEFAN (Fn. 22), 71.

sche Allgemeine Landrecht von 1794 das Selbstbestimmungsrecht in den Vordergrund. § 19 bis § 23 lauteten: «Wenn Zwitter geboren werden, so bestimmen die Aeltern, zu welchem Geschlechte sie erzogen werden sollen. Jedoch steht einem solchen Menschen, nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, die Wahl frei, zu welchem Geschlechte er sich halten wolle. Nach dieser Wahl werden seine Rechte künftig beurtheilt. Sind aber Rechte eines Dritten von dem Geschlechte eines vermeintlichen Zwitters abhängig, so kann ersterer auf Untersuchung durch Sachverständige antragen. Der Befund des Sachverständigen entscheidet, auch gegen die Wahl des Zwitters und seiner Aeltern.»<sup>40</sup> Schliesslich hat sich die Geschlechtsbestimmungsautorität endgültig zugunsten der Medizin verschoben. Bei der Einführung des deutschen BGB im Jahre 1900 folgte man der medizinischen Meinung, dass es keine echten Hermaphroditen gebe, und verzichtete konsequenterweise auf eine Regelung der Geschlechterzuordnung. Die rechtliche Institutionalisierung der Transsexualität durch den Erlass von entsprechenden Gesetzen in verschiedenen Ländern in den 70er und 80er Jahren<sup>41</sup> kann als Fortsetzung dieser Entwicklung gelesen werden: Durch die Regelung der Geschlechtsumwandlung sind jegliche Zwischenräume im Konzept der Zweigeschlechtlichkeit explizit ausgeschlossen worden. Die Transsexuellengesetze ermöglichen im Wesentlichen einerseits die Wiederherstellung der Kongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Fakten, die durch operative Geschlechtsumwandlungen und Empfindungen der Betroffenen in Frage gestellt worden sind, und fixieren andererseits einen Zeitpunkt für die (rechtliche) Geschlechtsumwandlung. Die medizinische Forschung nahm allerdings in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts unter dem Begriff der «Intersexualität» die Auseinandersetzung mit dem so genannten echten Hermaphroditismus auf der Basis neuer Geschlechtsbestimmungsmethoden wieder auf. Die heutige Biologie kennt, wie bereits erwähnt, ein wesentlich breiteres Spektrum an Geschlechterkategorien als das Recht.

#### b) Das Konzept «Geschlecht» im schweizerischen Recht

Der Personenstand umfasst jene Elemente einer Person, die in unserem Rechtsleben für wesentlich erachtet werden, an deren Kenntnis auch der Staat ein Interesse hat und die deshalb beurkundet werden. Dazu gehört auch das Geschlecht.<sup>42</sup> Wie bereits eingangs erwähnt, wird innert dreier Tage nach der Geburt das Geschlecht einer Person zur Eintragung in das Geburtsregister gemeldet. Anzeigepflichtig ist bei einer Geburt in einem Spital in erster Linie der Vorsteher dieser Institution.<sup>43</sup> Erfolgt die Geburt nicht in einem Spital oder in einer Anstalt, so sind zur Anzeige der Geburt der Reihe nach verpflichtet: der Ehemann der Mutter, die Hebamme, der

40 Zitiert nach WACKE ANDREAS (Fn. 38), 861, 887.

41 Vgl. nachstehend Fn. 42.

42 Vgl. SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N 742 ff.

43 Art. 61 Abs. 1 ZStV.

bei der Niederkunft zugezogene Arzt, jede andere dabei zugegen gewesene Person und schliesslich die Mutter.<sup>44</sup> Das Kind darf nur als männlich oder weiblich angezeigt werden. Während jedoch bis vor kurzem der Vorname des Kindes das Geschlecht eindeutig erkennen lassen musste, ist in dieser Hinsicht die Wahlfreiheit der Eltern mit der revidierten Zivilstandsverordnung deutlich vergrössert worden. Die Geschlechtsspezifität des Kindesnamen ist nicht mehr erforderlich, die Grenze der Wahlfreiheit liegt freilich dort, wo die Interessen des Kindes eindeutig verletzt würden, beispielsweise durch offensichtlich dem anderen Geschlecht zugehörige Vornamen.<sup>45</sup>

Es gibt im schweizerischen Recht keine gesetzliche Norm, die festlegt, wer als Frau und wer als Mann gilt und welche Merkmale über die Geschlechtszuordnung entscheiden. Der Gesetzgeber ist offenkundig davon ausgegangen, dass sich das Geschlecht eindeutig bestimmen lässt, und zwar, wie gemeinhin angenommen, aufgrund der körperlichen Merkmale. Das Recht überlässt letztlich die Zuordnung der medizinischen Profession beziehungsweise professionellen Dritten. Laut Angaben verschiedener Fachpersonen bedarf die Entscheidung der Zuordnung eines Geschlechts eines intersexuellen Menschen bei Geburt oder in den Wochen danach einer Reihe genetischer und hormoneller Untersuchungen. Gerichtliche Urteile, die im Zusammenhang mit dem rechtlichen Nachvollzug einer medizinischen Geschlechtsumwandlung ergangen sind, enthalten dennoch teilweise Definitionen des Geschlechts. In einem Urteil aus dem Jahre 1945 heisst es stellvertretend für viele: «Das Geschlecht des Einzelnen wird in erster Linie durch seine körperliche Gestalt bestimmt; aber neben diesem physischen Element existiert ein psychisches Element, das sich je nachdem beträchtlich unterscheidet, ob es sich um einen Mann oder um eine Frau handelt.»<sup>46</sup> Die Geschlechtszugehörigkeit bestimmt sich also nicht nur aufgrund so genannt biologischer Attribute, psychische Umstände allerdings werden erst dann in die Betrachtung miteinbezogen, wenn die äusseren Merkmale mehrere Antworten zulassen. So heisst es in einem sehr aufschlussreichen Urteil aus dem Jahre 1951: «Das Recht gründet seine wichtigsten Ordnungen auf das Nebeneinanderbestehen von zwei Geschlechtern. Es muss dabei auf den *äusseren* Befund abstellen, da die psychischen Eigenschaften des Menschen schwer erfassbar sind: Wer bei der Geburt die äusseren männlichen Geschlechtsmerkmale aufweist, gilt als Mann und analog, wer die äusseren weiblichen Geschlechtsmerkmale aufweist, als Frau. Mit dem Eintrag in das Geburtsregister ist eine Person rechtlich

---

44 Art. 61 Abs. 2 ZStV.

45 Art. 69 Abs. 2<sup>bis</sup> ZStV, in Kraft seit 1.7.1994; Vgl. BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Nr. 912 ff.; BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel/Genf/München 1999, N 789 ff.

46 Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg, zitiert in: AUBERT PIERRE/REICH HÉLÈNE, Der Eintrag der Geschlechtsänderung in die Zivilstandsregister, ZZW 1987, 2, 3.

einem der beiden Geschlechter zugeordnet. Dies muss so lange gelten, als die primären und sekundären Geschlechtsmerkmale noch eine Unterscheidung gestatten; wo dies nicht mehr zutrifft, sind auch die psychischen Aktions- und Reaktionsweisen zu berücksichtigen.»<sup>47</sup> Die rechtlichen Praktiken reproduzieren freilich nicht nur die Polarität der biologischen Geschlechterdichotomie, vielmehr enthalten die Verweise auf die psychischen Eigenschaften unzählige Stereotypen zur Betonung der Differenz zwischen den kulturellen und sozialen Geschlechtern.<sup>48</sup>

Fehlerhafte Geschlechtszuordnungen zum Zeitpunkt der Geburt<sup>49</sup> können zu einem späteren Zeitpunkt mit der Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB korrigiert werden. Dieses Instrument soll vor allem dazu dienen, in Fällen fehlender Deutlichkeit der bestimmenden Körpermerkmale bei der Geburt von so genannten Zwittern späteren Erkenntnissen durch Korrekturen Rechnung tragen zu können.<sup>50</sup> Dem liegt unverkennbar nach wie vor die Ideologie des scheinbaren Hermaphroditismus zugrunde, wonach es das «richtige» Geschlecht immer gibt, es gelegentlich jedoch erst entdeckt werden muss. Ermöglichen die üblichen Kriterien keine eindeutige Zuordnung bei Geburt, wird häufig eine operative und medikamentöse Behandlung in Erwägung gezogen, freilich ohne dass das Kind selbst die Einwilligung dazu geben könnte.<sup>51</sup>

47 Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. Oktober 1951, ZBI 1952, 316, 317 f. So auch Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, SJZ 1997, 442, 443: «Solange ein Mensch jedoch alle körperlichen Eigenschaften des Geschlechts besitzt, mit dem er von Geburt an eingetragen ist, solange er insbesondere die Fortpflanzungsfähigkeit seines physischen Geschlechts behält, überwiegen diese körperlichen Eigenschaften aber doch dermassen, dass zum Schutze der Rechtssicherheit allein sie das «offizielle» Geschlecht bestimmen müssen.»

48 Dazu nachstehend 2. d).

49 Zum Vorkommen von Zuordnungsfehlern siehe O'DONOVAN KATHERINE, *Transsexual Troubles: The Discrepancy Between Legal and Social Categories*, in: EDWARDS (Hrsg.), *Gender, Sex and the Law*, London 1985, 9, 12.

50 Vgl. AUBERT PIERRE/REICH HÉLENE, ZZW 1987, 2, 4, Fn. 10. Zum Teil abweichend die Meinung von SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, *Der Personenstand, Erfassung und Beurkundung des Zivilstandes*, SPR II/3 1996, 91 ff., wonach nicht die Berichtigungsklage, sondern die Personenstandsklage (dazu nachstehend III. 1.c.) zur Anwendung kommt, wenn sich im Laufe der Jahre die vorherrschenden Geschlechtsmerkmale ohne chirurgischen Eingriff verändern und gegenüber der scelischen Verfassung in den Hintergrund treten.

51 Mehrheitlich wird vertreten, dass die anatomische Geschlechtszuweisung, das heisst die operative Korrektur, möglichst früh vorgenommen werden sollte. Ausführlich und kritisch zum medizinischen Umgang mit Intersexualität HELDMANN ANJA, *Jenseits von Frau und Mann. Intersexualität als Negation der Zweigeschlechtlichkeit*, in: HAUSER-SCHÄUBLIN/RÖTTGER-RÖSSLER (Hrsg.), *Differenz und Geschlecht*, Berlin 1998, 54 ff.; vgl. zu dieser Problematik auch PLETT KONSTANZE, *Intersexualität aus rechtlicher Perspektive*, Gigi – Zeitschrift für die sexuelle Emanzipation, Nr. 13, 2001. Siehe auch den Bericht einer Betroffenen, die eindrücklich die Folgen einer «falschen» Geschlechtszuweisung beschreibt, Facts vom 14.12.2000, Nr. 50, Eindeutig zweideutig, 120 ff.

## 2. *Transsexualität und Recht in der Schweiz mit rechtsvergleichenden Hinweisen*

### a) Rechtliche Rahmenbedingungen der Geschlechtsumwandlungsoperation

Um die Kostenübernahme durch die Krankenversicherer zu gewährleisten, ist eine Pathologisierung der Transsexualität im Sozialversicherungsrecht unumgänglich. Nach der seit 1988 geltenden Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gehört, da es sich beim Transsexualismus um einen pathologischen Zustand mit Krankheitswert handle, die Entfernung der Geschlechtsorgane des ursprünglichen Geschlechts zu den Pflichtleistungen der anerkannten Krankenkassen.<sup>52</sup> Seit 1994 müssen auch die Vorkehren der plastischen und Wiederherstellungs-Chirurgie, durch welche die betreffende Person mit neuen Geschlechtsorganen versehen wird, von der Krankenkasse übernommen werden.<sup>53</sup>

Die Voraussetzungen einer Geschlechtsumwandlungsoperation sind in der Schweiz nicht ausdrücklich rechtlich geregelt. Eine indirekte Kontrolle erfolgt über die Voraussetzungen für die Leistungen nach Krankenversicherungsgesetz. Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts darf eine Operation erst nach vorangegangenen eingehenden psychiatrischen und endokrinologischen Untersuchungen und nach mindestens zweijähriger Beobachtung vom 25. Altersjahr hinweg ins Auge gefasst werden.<sup>54</sup> Betrug die Beobachtungszeit weniger als zwei Jahre, besteht keine Pflicht zur Kostenübernahme durch die Krankenkassen.<sup>55</sup> Diese indirekte Regulierung erscheint als unbefriedigend, da die Nichteinhaltung der Bedingungen durch die behandelnden Ärzte die betroffenen Transsexuellen mit ungedeckten Kosten in grosser Höhe konfrontiert.

### b) Das Recht auf geschlechtliche Identität in der Rechtsprechung des EGMR

Gegen die mangelnde rechtliche Anerkennung ihrer neuen Geschlechtsidentität in vielen Ländern haben Transsexuelle die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) angerufen. In insgesamt sechs Entscheiden hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit Beschwerden befasst, welche die fehlende Möglichkeit der Änderung von Geburtsregistern und anderen Dokumenten nach einer Geschlechtsumwandlung, die darauf basierende Verweigerung des Eheschlusses mit einer Person des nunmehr anderen Geschlechts sowie die Verweigerung der Anerkennung der Vaterschaft eines transsexuellen Mannes für sein durch künstliche Befruchtung gezeugtes Kind bemängelten. Das

52 BGE 114 V 153; BGE 114 V 162; gegen die Qualifikation als Pflichtleistung der Krankenkassen noch BGE 105 V 180.

53 BGE 120 V 463.

54 BGE 114 V 153, 159; BGE 114 V 162, 167. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Beschränkung auf 25 Jahre, welche das Transsexuellengesetz (TSG) vorsah für die Möglichkeit, den Namen bzw. den Personenstand nach erfolgter Operation zu ändern, als verfassungswidrig aufgehoben: BVerfGE 60, 123; BVerfGE 88, 87.

55 Vgl. BGer, 10.12.1999, SVR 2000, KV Nr. 17.

Gericht hat in fünf der Fälle eine Verletzung der Konvention verneint,<sup>56</sup> war sich in den Grundfragen aber jeweils uneinig, was zu knappen Resultaten bei der Abstimmung geführt hat.<sup>57</sup> In einem einzigen, Frankreich betreffenden Fall aus dem Jahre 1992 hat das Gericht eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) bejaht,<sup>58</sup> aber eine eigentliche Änderung der Praxis hat nicht stattgefunden,<sup>59</sup> sodass auch die jüngste Beschwerde gegen England erfolglos blieb.<sup>60</sup> Dass Grossbritannien der wichtigste Beschwerdegegner zur Frage der Transsexualität ist, hängt mit dem unnachgiebigen Festhalten der englischen Gerichte am *leading case* *Corbett v. Corbett*<sup>61</sup> zusammen, auf den sich die Registerpraxis stützt. Dieser Entscheid betraf die Frage, wie das Geschlecht in Bezug auf die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Eheschluss zu bestimmen sei. Nach JUSTICE OMROD sind dafür chromosomale, gonadale und genitale Tests massgebend, wobei dabei nicht auf das aktuelle Geschlecht abzustellen ist, sondern auf das bei der Geburt festgestellte, ohne Rücksicht auf spätere operative Veränderungen des genitalen Faktors. Eine Berichtigung des Geburtsregisters ist dementsprechend nur erlaubt, wenn ein Irrtum bei der Feststellung des Geschlechts mittels dieser Tests vorgekommen ist.<sup>62</sup>

Das Recht auf geschlechtliche Identität fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper, in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK.<sup>63</sup> Der EGMR hat aber bisher daraus keine Handlungspflicht der Staaten im Sinne der rechtlichen Anerkennung des post-operativen Geschlechts abgeleitet.<sup>64</sup> Als Begründung wird angeführt, dass man sich in der medizinischen Fachwelt über die Ursachen der Transsexualität nicht einig sei und die medizinische Entwicklung noch nicht so weit sei, dass eine Geschlechtsumwand-

56 *Van Oosterwijk v. Belgium*, Urteil 6.11.1980, Serie A, Nr. 40; *Cossey v. UK*, Urteil 27.9.1990, Serie A, Nr. 184; *Rees v. UK*, Urteil 17.10.1996, Serie A, Nr. 106; *X., Y. and Z. v. UK*, Urteil 22.4.1997; *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84.

57 Z.B. betrug das Stimmenverhältnis im letzten Fall *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84, elf zu neun Stimmen.

58 *B. v. France*, Urteil 25.3.1992, Serie C, Nr. 232.

59 Die Kommission hat in mehreren Fällen den Gerichtshof von einer Praxisänderung zu überzeugen versucht, vgl. WILDHABER LUZIUS, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/Berlin/Bonn/München, 1992, Art. 8, N 219 ff.

60 *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84.

61 [1971] *Probate Reports* 83.

62 Vgl. *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84, § 27 ff. *Corbett v. Corbett* wird wegen seiner ausgrenzenden Auswirkungen für Transsexuelle in der angelsächsischen Literatur stark kritisiert, vgl. z.B. O'DONOVAN KATHERINE (Fn. 49), 9, 15 ff.; SHARPE ANDREW NEVILLE, 6 *Social & Legal Studies* 1997, 23 ff.; MASON J. K./McCALL SMITH R. A., *Law and Medical Ethics*, 5. Aufl., London 1999, 39 ff., 42.

63 Vgl. WILDHABER LUZIUS (Fn. 59), Art. 8, N 208 ff.

64 Zuletzt *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84, § 61. Vgl. die Kritik bei WILDHABER LUZIUS (Fn. 59), Art. 8, N 223; HÄFLIGER ARTHUR/SCHÜRSMANN FRANK, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern 1999, 253.

lungsoperation zum Erlangen aller biologischen Merkmale des anderen Geschlechts führe.<sup>65</sup> Auch bestehe unter den Konventionsstaaten noch kein genügend breiter Konsens über wichtige rechtliche Fragen betreffend Anerkennung der Transsexualität.<sup>66</sup> Die Staaten hätten deshalb in diesem Bereich einen grossen Ermessensspielraum in der Abwägung zwischen Interessen der Allgemeinheit und des Individuums.<sup>67</sup>

Im Entscheid *B. v. France* hat der EGMR die völlige Ablehnung einer Handlungspflicht der Staaten aufgeweicht.<sup>68</sup> Demnach kann eine staatliche Regelung, welche dazu führt, dass Transsexuelle im täglichen Leben dauernd mit ihrer Geschlechtsänderung konfrontiert werden, eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK darstellen.<sup>69</sup> In Frankreich bestand nach einer geschlechtsumwandelnden Operation kein Anspruch auf Änderung des Vornamens, und eine Vielzahl von Dokumenten und Identitätspapieren wiesen das ursprüngliche Geschlecht nach, sodass eine transsexuelle Person in den Geschäften des täglichen Lebens, wo ein Identitätsnachweis nötig ist, die Diskrepanz zwischen äusserem Erscheinungsbild und rechtlichem Geschlecht dauernd rechtfertigen musste.<sup>70</sup> Frankreich hat inzwischen aufgrund dieses Strassburger Entscheides seine Praxis geändert, sodass heute eine Änderung des Personenstandes möglich ist.<sup>71</sup>

Die Rechtsprechung des EGMR kann dahingehend zusammengefasst werden, dass zwar die Konventionsstaaten das rechtliche Geschlecht nach einer Operation nicht ändern müssen und wie im Fall von Grossbritannien auf der rechtlichen Unabänderlichkeit des Geburtsgeschlechts im Namen von «historischer Wahrheit» beharren können, dass aber eine gewisse Pflicht besteht, im Sinne der Achtung des Privatlebens einer körperlich geschlechtsumgewandelten Person durch Bereitstellen von entsprechenden Dokumenten ein Leben im Alltag unter der selbst gewählten sozialen Geschlechtsidentität zu ermöglichen. Die Fragen des Eheschlusses und der Elternschaft nach einer Geschlechtsumwandlung<sup>72</sup>, bleiben weiterhin den Konventionsstaaten überlassen.<sup>73</sup>

65 Vgl. *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84, § 55.

66 Vgl. *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84, § 56.

67 Vgl. z.B. *Rees v. UK*, Urteil 17.10.1986, Serie A, Nr.106, § 37.

68 Die Lehre war nach diesem Entscheid sogar von einer Revision der Rechtsprechung ausgegangen, vgl. etwa FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, 344. Der EGMR kam jedoch wieder auf seine alte Rechtsprechung zurück in *Rees v. UK*, Urteil 17.10.1996, Serie A, Nr.106, und *Sheffield and Horsham v. UK*, Urteil 30.7.1998, Serie A, Nr. 84.

69 *B. v. France*, Urteil 25.3.1992, Serie C, Nr. 232, § 63.

70 *B. v. France*, Urteil 25.3.1992, Serie C, Nr. 232, § 59.

71 Cour de Cassation, Assemblée plénière, Entscheid vom 11.12.1992: J.C.P. 1993, II, 21991.

72 Vgl. nachstehend Teil III.

73 Vgl. PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2. Aufl., Paris 1999, 312.

Die parlamentarische Versammlung des Europarates konnte aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit ihrer Empfehlungen weiter gehen als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Sie erliess im Jahre 1989 eine Empfehlung,<sup>74</sup> welche die Mitgliedstaaten dazu auffordert, die Berichtigung des Geschlechts von Transsexuellen in den Geburtsregistern und den Identitätspapieren sowie den Vornamenswechsel zu erlauben.<sup>75</sup> Kurz davor hatte sich auch das Europaparlament in derselben Richtung geäußert.<sup>76</sup>

### c) Die Änderung des rechtlichen Geschlechts in der Schweiz und im Ausland

Im Gegensatz zu verschiedenen europäischen Ländern, welche Spezialgesetze insbesondere für die personenrechtlichen Fragen der Transsexualität geschaffen haben,<sup>77</sup> kennt die Schweiz kein eigenes «Transsexuellengesetz». In verschiedenen kantonalen Urteilen wurde jedoch die geänderte geschlechtliche Identität einer transsexuellen Person im Rahmen von Begehren auf Registeränderung anerkannt.<sup>78</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre handelt es sich dabei um eine Statusklage auf Feststellung der Geschlechtsänderung und nicht um eine Klage auf Berichtigung einer Registereintragung.<sup>79</sup>

74 Recommendation 1117 vom 29.9.1989.

75 Ziff. 11 lit. a und b der Empfehlung.

76 Vgl. die Entschliessung zur Diskriminierung von Transsexuellen vom 12.9.1989, ABl. Nr. C 256 (9.10.1989). Die Entschliessung des Europaparlamentes beinhaltet neben dem Aufruf an die Mitgliedstaaten der EG, den Geschlechtswechsel auf Geburtsscheinen und Identitätsdokumenten und die Vornamensänderung zu erlauben, auch die Aufforderung, den Zugang zu Geschlechtsumwandlungsoperationen zu sichern inkl. Kostenübernahme durch die Krankenversicherung, arbeitslose Transsexuelle zu unterstützen sowie durch weitere Massnahmen die Diskriminierung von Transsexuellen zu bekämpfen. Zur Anwendbarkeit der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie auf die Diskriminierung wegen Transsexualität vgl. die Rs. C/13/94 P.-S. und Cornwall County Council, Slg. 1996 I-2143.

77 Schweden 1972, Deutschland 1980, Italien 1982, Niederlande 1985, Türkei 1988; vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE, Consolidated Report on Transsexualism in Europe, in: International Commission on Civil Status (Hrsg.), *Transsexualism in Europe*, Strassburg 2000, 5, 11 ff.; WILL MICHAEL R., Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé, in: Conseil de l'Europe (Hrsg.), *Transsexualisme, médecine et droit*, Strassburg 1995, 81, 87.

78 Vgl. BGE 119 II 264, 269; bereits: Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 2. Juli 1945, SJZ 1946, 23 ff.; Urteil des Zürcher Obergerichts vom 15. Oktober 1956, ZR 1965, Nr. 60; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, ZBl 1961, 418 ff.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 17. Februar 1971, ZZW 1971, 129 f.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Vevey vom 9. Mai 1974, ZZW 1975, 181 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 1979, ZZW 1979, 281 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 15. Dezember 1980, Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1980-81, 38 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 17. Juli 1981, ZZW 1985, 374 ff.

79 BGE 119 II 264, 269; BGE 92 II 128, 132; CAVELTI URS PETER, Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, ZZW 1980, 65, 69; AUBERT PIERRE/REICH HÉLÈNE, ZZW 1987, 2, 4 f.; SCHÜTBACH HENRI-ROBERT (Fn. 50), 93. Seit 1.1.2000 sind beide Klagen in Art. 42 ZGB geregelt; vgl. Botschaft, BBl 1996, 52. Zu den Unzulänglichkeiten dieser Novelle vgl. SANDOZ SUZETTE/PIOTET DENIS, A propos du changement de sexe d'une personne mariée, quelques réflexions de droit privé et d'assurances sociales sur le jugement d'état civil, in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne 2001, 215, 224.

Nach der schweizerischen Praxis ist eine Änderung von Geschlecht und Vornamen,<sup>80</sup> unter Umständen auch des Familiennamens<sup>81</sup>, in den Registern möglich, wenn eine Geschlechtsumwandlungsoperation stattgefunden hat. Die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsänderung soll nach der kantonalen Rechtsprechung und der Literatur davon abhängen, dass die Fortpflanzungsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht ausgeschlossen ist.<sup>82</sup> Damit wird auch die vom Bundesgericht im Interesse der Rechtssicherheit verlangte Irreversibilität der Geschlechtsumwandlung erfüllt.<sup>83</sup> Fortpflanzungsunfähigkeit wird auch in den ausländischen Spezialgesetzen verlangt.<sup>84</sup>

In einigen Ländern verlangt die Gesetzgebung explizit, dass durch den operativen Eingriff eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.<sup>85</sup> Auch in der schweizerischen Praxis spielt die körperliche Erscheinung im Rahmen der Prüfung einer Geschlechtsänderung eine wesentliche Rolle. Sie wird in den medizinischen Gutachten thematisiert.<sup>86</sup> Das schweizerische Recht kennt jedoch im Gegensatz zum Ausland keine Beschränkungen betreffend der Staatsangehörigkeit der Personen, welche die Änderung von Geschlecht und Vornamen verlangen dürfen.<sup>87</sup>

Wenn ein gerichtliches Urteil über die Geschlechts- und Vornamensänderung ergeht, erfolgt die Verarbeitung in den Registern. Gemäss der bisherigen Lehre musste die Änderung nur im Familienregister umgesetzt werden, eine Eintragung im Geburtsregister erfolgte hingegen nicht, da die Geschlechtsänderung keine Rückwirkung hat.<sup>88</sup> Diese Lösung wurde damit gerechtfertigt, dass in der Schweiz der

80 Das Gericht, das eine Klage auf Feststellung eines Geschlechtswechsels gutheisst, bestimmt im Urteil auch den von der betroffenen Person gewählten Vornamen.

81 Auch der psychologische Grund, nach der Geschlechtsänderung zum weiblichen Geschlecht den Mädchennamen der Mutter als Familiennamen annehmen zu wollen, kann für eine Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB genügen, vgl. Direktion des Innern, Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, 1995/1996, 147.

82 Vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 17. Juli 1981, ZZW 1985, 374, 376; AUBERT PIERRE/REICH HÉLÈNE, ZZW 1987, 2, 3.

83 Vgl. BGE 119 II 264, 270.

84 Deutschland: § 8 Abs. 1 Ziff. 3 Transsexuellengesetz (TSG); Niederlande: Art. 29a Abs. 1 lit. b Burgerlijk Wetboek (BW); Schweden: vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE (Fn. 77), 5, 12.

85 Deutschland: § 8 Abs. 1 Ziff. 4 TSG; in den Niederlanden wird die Anpassung nur verlangt, soweit dies medizinisch oder psychologisch möglich ist: Art. 29a Abs. 1 BW.

86 Vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE (Fn. 77), 16.

87 Anders in Deutschland: § 1 Abs. 1 Ziff. 1 TSG (nur deutsche Staatsangehörige, Staaten- oder Heimatlose und Asylberechtigte und Flüchtlinge); Niederlande: Art. 29a Abs. 1 und 3 BW (niederländische Staatsangehörigkeit oder Aufenthalt von einem Jahr).

88 Vgl. BaslerKomm/HEUSSLER Art. 45 ZGB N 8; HEUSSLER WILLI, Geschlechtsänderungen im Familienregister, ZZW 1990, 166 ff.; GEISER THOMAS, Aspects juridiques de la transsexualité, in: Mélanges édités à l'occasion de la 50<sup>ème</sup> Assemblée générale de la Commission internationale de l'Etat Civil Neuchâtel 1997, Bern 1998, 33, 37.

Geburtsschein eine weniger wichtige Rolle spielt als im Ausland,<sup>89</sup> weil der Nachweis über den aktuellen Zivilstand mittels Auszügen aus dem Familienregister (Familienschein und Personenstandsausweise) erbracht wird.<sup>90</sup> Wo ein Geburtschein insbesondere im internationalen Verkehr benötigt wird, konnte eine transsexuelle Person jedoch einen Geburtschein beziehen, auf dem die Geschlechtsänderung vermerkt war.<sup>91</sup> Diese unbefriedigende Situation wurde nun erkannt und eine Gesetzesänderung in Kraft gesetzt, welche die Geschlechtsänderung auch im Geburtsregister für obligatorisch erklärt.<sup>92</sup>

Verschiedene registertechnische Massnahmen werden ergriffen, um die Persönlichkeit der transsexuellen Person zu wahren. Zum einen darf auf dem Auszug aus dem Familienregister die Tatsache der Geschlechtsumwandlung nicht zum Ausdruck kommen.<sup>93</sup> Zum anderen darf nicht ersichtlich sein, dass ein eventuell vorhandener geschiedener Ehepartner dem nunmehr gleichen Geschlecht angehört.<sup>94</sup> Auch die Persönlichkeitsrechte von geschiedenem Ehepartner und Kindern werden gewahrt, indem für die transsexuelle Person ein neues Registerblatt eröffnet wird und die Austragung bloss mit «Änderung des Personenstandes» begründet wird.<sup>95</sup> Im besonderen Fall der Geschlechtsänderung bei Weiterbestand der Ehe, der uns weiter unten beschäftigen wird, gestaltet sich aufgrund der Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Eheschluss der Respekt für die Persönlichkeitsrechte des Ehepaares schwieriger. Unklar ist, ob nur die Vornamens- oder auch die Geschlechtsänderung in den Registern eingetragen werden soll.<sup>96</sup>

Unabhängig von einer operativen Geschlechtsumwandlung oder als Vorbereitung darauf besteht die Möglichkeit, nur den Vornamen zu ändern, um eine neu gewählte Geschlechtsidentität auszudrücken.<sup>97</sup> Das deutsche Transsexuellengesetz

89 Vgl. GEISER THOMAS (Fn. 88), 33, 38.

90 Vgl. Art. 140b ZStV.

91 Vgl. GEISER THOMAS (Fn. 88), 33, 38.

92 Art. 52 Ziff. 1 ZStV, Fassung gemäss Ziff. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2001, in Kraft seit 1. Januar 2002 (AS 2001 3068).

93 HEUSSLER WILLI, ZZW 1990, 166, 170.

94 Vgl. HEUSSLER WILLI, Geschlechtsänderung einer geschiedenen Frau; Verarbeitung im Familienregister, ZZW 1993, 3, 5; HEUSSLER WILLI, ZZW 1990, 166, 171; Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 8.10.1974, ZZW 1975, 3, 6.

95 Vgl. HEUSSLER WILLI, ZZW 1990, 166, 171; vgl. auch GRANET FRÉDÉRIQUE (77), 5, 20.

96 Offenbar wurde aufgrund des Urteils des Bezirksgerichtes St. Gallen vom 26. November 1996 nur der Vorname, jedoch nicht das Geschlecht in den Registern geändert, vgl. Bemerkungen HEUSSLER WILLI, Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch die Hintertür, ZZW 1997, 161, 169.

97 Auch im Wehrpflichtersatzrecht hat der Beginn der medizinischen Behandlung bereits rechtliche Folgen. Es wurde am 28. Juni 2001 eine Vereinbarung zwischen den Ersatzbehörden und transX – Informationsstelle für Transsexualität und Geschlechterfragen – getroffen, wonach die Ersatzabgaben ab Beginn der Hormonbehandlung und bis zur Personenstandsänderung gestundet und nach der Personenstandsänderung erlassen werden (Ziff. 21 der Vereinbarung, vgl. <http://www.transx.ch/militaer.pdf>). Zur Befreiung von einer Busse, die aufgrund Verweigerung der Schiesspflicht auferlegt worden war

sieht dies mit der so genannten «Kleinen Lösung»<sup>98</sup> ausdrücklich vor. Gesetzliche Grundlage im Schweizer Recht ist Art. 30 Abs. 1 ZGB, wonach die Regierung des Wohnsitzkantons einer Person die Änderung des Namens bewilligen kann, wenn wichtige Gründe vorliegen. Das Bedürfnis, im alltäglichen Leben die transsexuelle Identität zu leben, ohne sich dem schwer wiegenden Eingriff der operativen Entfernung der Geschlechtsorgane unterziehen zu müssen, genügt unseres Erachtens als wichtiger Grund, um eine solche Namensänderung zu bewilligen.<sup>99</sup> Allenfalls genügt dazu bereits die Annahme eines neutralen Vornamens.<sup>100</sup>

Eine Situierung der Schweiz im europäischen Umfeld zeigt, dass sie mit ihrer Praxis bezüglich der Behandlung von Gesuchen um rechtliche Änderung von Geschlecht und Vorname zu den fortschrittlicheren Staaten in Europa gehört und relativ viel Raum für eine selbst bestimmte Geschlechtsidentität bietet. Doch auch und gerade diese vergleichsweise offene Praxis trägt, wie sich nachfolgend zeigen wird, zur Konstruktion der Transsexualität durch Medizin und Recht bei, welche letztendlich die eingangs thematisierte Bipolarität der Geschlechterordnung weiter zementiert.

#### d) Die Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit in der Rechtsprechung zur Transsexualität

Mangels einer gesetzlichen Regelung in der Schweiz mussten die mit Anträgen von Transsexuellen konfrontierten kantonalen Gerichte die Kriterien für die rechtliche Geschlechtsumwandlung selbst entwickeln. Sie sehen einen Wechsel des Geschlechtes dort angebracht, wo eine grösstmögliche Annäherung von Körper und Verhalten an die für das andere Geschlecht gültige Norm vorliegt. Ein psychiatrischer Gutachter wird zitiert: «Er bezeichnet die Gesuchstellerin, die er im Juni 1973 erstmals sah, äusserlich als viel eher männlich denn weiblich: «Eher schmales Gesicht mit grosser Nase, kurze Haare, eher tiefe Stimme, auffallend breiter Schultergürtel, flache Brust, eher grosse Hände, kräftiger Gang mit grossen Schritten.»<sup>101</sup> Der Instruktionsrichter bestätigt diesen Eindruck: «Sie wirkt heute ausgesprochen männlich; niemand hält sie für eine Frau.»<sup>102</sup> Dass es dabei nicht nur um die äusseren Geschlechtsmerkmale, sondern in erster Linie um die Erfüllung von Geschlechtsrollenerwartungen geht, zeigt die darauf folgende Ergänzung: «[...] zeigt

---

und welche der (noch) wehrpflichtige Mann-zu-Frau Transsexuelle nicht bezahlen konnte, weil er aufgrund seiner Identitätskrise unverschuldet zahlungsunfähig geworden war, vgl. Urteil des Militärappellationsgerichts Zürich vom 17.10.2001, NZZ vom 18. Oktober 2001, 43.

98 § 1 ff. TSG.

99 So wird auch die schweizerische Rechtslage in der rechtsvergleichenden Studie der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen dargestellt, vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE (Fn. 77), 9, 16.

100 Vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 1979, ZZW 1979, 281 ff.

101 Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Oktober 1974, ZZW 1975, 3, 4.

102 Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Oktober 1974, ZZW 1975, 3, 5.

es sich auch, dass schon während der Ehe die männlichen Charakterzüge bei der Gesuchstellerin überwogen; der Haushaltsführung oblag sie nur widerwillig; eine eigentliche Mutterliebe fehlte ihr, dagegen leitete sie zusammen mit ihrem Ehemann ein Architekturbüro und «stellte dabei ihren Mann».<sup>103</sup>

Für die rechtliche Anerkennung genügt es aber nicht, sich nur äusserlich dem anderen Geschlecht anzunähern: «Wohl hat sie ihre Brüste amputieren lassen, es aber abgelehnt, sich einer Maskulinisierungsoperation zu unterziehen. Dies zeigt, dass sie nicht um jeden Preis dem männlichen Geschlecht angehören will.»<sup>104</sup> Die Fortpflanzungsfunktion erscheint als das massgebende Kriterium, welches über die Geschlechtszugehörigkeit entscheidet, die Bedingung der fehlenden Fortpflanzungsfähigkeit wird eingeführt, aus der tiefen Besorgnis um das Eintreten der «grotesken Situation, wenn der zum Mann erklärte Mensch ein Kind gebären würde».<sup>105</sup> Nicht die rechtlichen Unterschiede von Vaterschaft und Mutterschaft werden angeführt, sondern es wird suggeriert, dass damit eine schlicht undenkbare Situation entstünde, welche die binäre Geschlechterordnung völlig durcheinander bringen würde. Diese Ordnung basiert auch auf der Norm der Heterosexualität, welche in der Ehe institutionalisiert ist. Die Eintragung eines gebärfähigen Mannes oder einer zeugungsfähigen Frau würde diese unterwandern.

Die Sexualität der transsexuellen Person wird überhaupt als etwas Suspektes betrachtet und es wird mit Erleichterung festgestellt, wenn über eine Gesuchstellerin (die zum Mann werden möchte) gesagt werden kann: «Die Sexualität steht bei ihr nicht im Vordergrund; sie ist nicht die Lesbierin, als die sie im Scheidungsprozess geschildert wurde, die auf dem Wege der Geschlechtsumwandlung zu grösserem Lustgewinn kommen möchte»<sup>106</sup>. Unter dem alten Sexualstrafrecht, das eine Bestrafung von homosexuellen Handlungen vorsah, befanden sich Transsexuelle zudem auf der Grenze zwischen legaler und illegaler Lust.<sup>107</sup>

Bemerkenswert ist die Stellungnahme des Zivilstandsamtes Basel-Stadt zu einer Klage auf Änderung des Personenstandes im Jahre 1961: «Für ein Neutrum ist in unserer Kulturordnung kategorienmässig kein Raum, und dementsprechend geht auch die Registerführung davon aus, dass ein Mensch entweder dem weiblichen oder aber dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden muss.»<sup>108</sup> Das Amt anerkennt mit dem Bezug auf den kulturellen Zusammenhang, dass es sich bei der rechtlich verordneten Zweigeschlechtlichkeit keineswegs um ein universell geltendes Prinzip, sondern vielmehr um eine Konstruktion handelt. Interessant ist die Einordnung des Gesuchstellers, ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, in die ausserrechtliche Kategorie

103 Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Oktober 1974, ZZW 1975, 3, 6.

104 Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. Oktober 1951, ZBI 1952, 316.

105 Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. Oktober 1951, ZBI 1952, 316, 317.

106 Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Oktober 1974, ZZW 1975, 3, 5.

107 Vgl. Urteil des Obergerichts Zürich vom 29. Juni 1990, SJZ 1991, 193.

108 Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, ZBI 1961, 418.

«Neutrum». Die «Petentin» (rechtlich gilt der Gesuchsteller noch als Frau) sei «ein Mensch mit männlicher Psyche, der körperlich ein Neutrum ist».<sup>109</sup> Das Zivilstandsamt anerkennt sozial diesen Menschen nicht als Mann, muss aber notgedrungen zu einer Zuordnung zum selbst gewählten «psychischen» Geschlecht seine Zustimmung geben – in Respekt für den «unerhörten und fundamentalen Schritt», den der «Ausbruch aus der bisherigen Geschlechtsgemeinschaft» bedeute. In ähnlicher Weise drückt das Neuenburger Kantonsgericht im Jahre 1945 seine Bedenken bezüglich der Möglichkeit des völligen Geschlechtswechsels aus: «L. n'étant ni un homme parfait, ni une femme parfaite, il faut le ranger dans la catégorie des êtres humains dont il se rapproche le plus.»<sup>110</sup>

Die kantonalen Gerichte werden bei der Beurteilung von Klagen auf Änderung des Geschlechts auf die Unzulänglichkeit der rechtlichen Geschlechtskategorien gestossen. Bisher unhinterfragte, für «natürlich» gehaltene Unterscheidungen und Zuordnungen erscheinen plötzlich durch Unterwanderungen der Geschlechterlinie als in Frage gestellt. Die Idee der Invariabilität des biologischen Geschlechts muss verabschiedet werden, gleichzeitig findet jedoch eine Reaffirmation der Bipolarität der biologischen und sozialen Geschlechterordnung statt. Die Beschränkung des Rechts auf zwei Geschlechtskategorien ist Folge und gleichzeitig unabdingbare Voraussetzung für diese.

Menschen, die weder Mann noch Frau, sondern eben transsexuell sind, müssen um jeden Preis zugeordnet werden. Die Überlegungen, wie diese Zuordnung erfolgen soll, geben Aufschluss über die Vorstellungen über Geschlechtsrollen, die in der betreffenden Zeit sozial akzeptiert und gängig sind. Die Geschlechterordnung basierte zur Zeit der ersten Entscheide noch sehr klar auf unterschiedlicher rechtlicher Behandlung und Rollenzuweisungen, und die öffentlich geführte Gleichstellungsdebatte stand noch bevor. In den Entscheiden werden denn auch die unterschiedlichen Verhaltensweisen und Rollen von Männern und Frauen hervorgehoben, die Begründungen orientieren sich nicht nur am Sex in der Form von äusserlichen Geschlechtsmerkmalen, sondern auch am Gender, dem normgemässen Geschlechtsrollenverhalten. Die enge Verbindung von Geschlecht und Sexualität wird dabei offenbar. Die jüngeren Entscheide und die Literatur widerspiegeln die im Zuge der Frauenbewegung erreichte Sensibilisierung für starre geschlechtsspezifische Verhaltensnormen. Die Zuordnung zum neuen Geschlecht wird nun allein aufgrund der medizinischen Bestätigung der Entfernung der ursprünglichen Geschlechtsteile und der fehlenden Fortpflanzungsfähigkeit vorgenommen.<sup>111</sup> Da auch die medizinische Konstruktion des Transsexuellen an der Bipolarität orientiert ist, wird das reduzierte Angebot an rechtlichen Geschlechtskategorien nach wie vor nicht in Frage gestellt. Unangetastet

109 Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, ZBl 1961, 418.

110 Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 2. Juli 1945, SJZ 1946, 23, 25.

111 Vgl. Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, SJZ 1997, 442, 443.

bleibt auch die Verbindung von Gender als sozialem Geschlecht mit Sex, also körperlicher Geschlechtlichkeit. Inkongruenzen, körperlich und sozial nicht übereinstimmenden Formen von Geschlechtsidentität, wie sie Transsexuelle wählen, die eine Operation ablehnen, bleibt die rechtliche Anerkennung verschlossen.<sup>112</sup>

#### IV. Transsexualität und Eherecht

##### 1. Allgemeines

Eine Geschlechtsumwandlung hat abgesehen von den das Registerrecht betreffenden Fragen vor allem Implikationen für das Eherecht,<sup>113</sup> zumal die Ehe als Kernprojekt der polaren Zweigeschlechtlichkeit bezeichnet werden kann.<sup>114</sup> Dem Eherecht ist wie keinem anderen Rechtsgebiet die Sex- wie auch die Gender-Dichotomie immanent. Auch die damit verbundene heterosexuelle Norm ist darin tief verankert. Die Verschiedengeschlechtlichkeit soll nach dem Willen des Bundes auch künftig ein begriffsnotwendiges Element der Ehe bleiben, dies in Abweichung zu gewissen Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen.<sup>115</sup> Einem so gestalteten Eherecht ist Transsexualität als geschlechterüberschreitendes oder geschlechterverbindendes Phänomen freilich fremd, woraus sich Konflikte zwischen dem Recht auf sexuelle Identität und der Ehefreiheit ergeben können.

Insbesondere zwei eherechtliche Fragen haben international zu Auseinandersetzungen Anlass gegeben: Ist für die Eheschliessung das bei Geburt festgestellte biologische Geschlecht oder das später erworbene, im Zeitpunkt der Eheschliessung bestehende und zugleich gewählte Geschlecht massgebend? Und was geschieht, wenn im Laufe der Ehe eine Person ihre Geschlechtszugehörigkeit ändert?

##### 2. Geschlecht und Eheschliessung

Auf den ersten Blick scheint die Antwort auf die Frage, welches Geschlecht für die Eheschliessung massgebend ist, einfach: Der Registereintrag alleine entscheidet über das Geschlecht einer Person und ist zugleich Grundlage für die Feststellung, ob

112 So auch für die anglo-australische Rechtslage SHARPE ANDREW NEVILLE, 6 *Social & Legal Studies* 1997, 23, 43 ff.

113 Die im Zusammenhang mit Transsexualität auftretenden Rechtsfragen sind freilich vielfältig. Einen Überblick gibt GEISER THOMAS (Fn. 88), 33 ff., insbesondere 38 ff.

114 Vgl. BÜCHLER ANDREA, Eherecht und Geschlechterkonstruktion. Ein Beitrag zur Abschaffung der institutionalisierten Zweigeschlechtlichkeit, in: Verein Pro FRI (Hrsg.), *Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft*, Lachen/St. Gallen 2001, 59 ff.

115 Vgl. Bundesamt für Justiz, *Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare im schweizerischen Recht. Probleme und Lösungsansätze*, 1999, insbesondere 60 f., neu Vorentwurf Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, November 2001.

die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit für die Eingehung einer Ehe erfüllt ist.<sup>116</sup> Probleme ergeben sich indes im internationalprivatrechtlichen Zusammenhang, namentlich im Bezug auf die Anerkennung ausländischer Eheschliessungen. Interessant sind dazu insbesondere zwei Urteile, welche veranschaulichen, wie die am Register orientierte und insofern objektivierte Lösung des Problems auch absurde Resultate hervorbringen kann.

Im ersten Entscheid<sup>117</sup> hatte das Bundesgericht über die Anerkennung einer in Dänemark geschlossenen Ehe<sup>118</sup> eines registermässig gleichgeschlechtlichen Paares zu urteilen. Eine Partei hatte sich bereits vor der Eheschliessung einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen. Eine entsprechende Änderung des Zivilstandsregisters blieb indes aus, was jedoch für die dänischen Behörden offenbar kein Hinderungsgrund für die Trauung war. Das Bundesgericht schützte die Argumentation der Vorinstanz, wonach eine im Sinne des Registereintrags gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkannt werden könne, da dies mit dem schweizerischen *ordre public*<sup>119</sup> offensichtlich unvereinbar wäre. Es verwies diejenige Person, die eine operative Geschlechtsumwandlung durchgemacht hatte, auf den Weg der Feststellungsklage ihres neuen Geschlechts. Eine Änderung des Personenstandes, so das Gericht, könne nämlich nicht dem persönlichen Empfinden des betroffenen Transsexuellen überlassen werden, da sonst die Grundvoraussetzungen der herkömmlichen Ehe, sprich die Norm der Heterosexualität, allzu leicht unterlaufen werden könnten. Die Möglichkeit, dass die erfolgte Eheschliessung in Dänemark auch den Geschlechtswechsel impliziert haben könnte, zumal das dänische Recht die gleichgeschlechtliche Ehe ebenso wenig kennt, und eine so erfolgte «Legalisierung» auch für schweizerische Zwecke hätte hinreichend sein können, hat das Gericht nicht erwogen.

Der Sachverhalt, der dem Entscheid des Departementes für Inneres und Militär des Kantons St. Gallen zugrunde lag, ist hingegen deutlich anders gelagert.<sup>120</sup> Streitgegenstand war die Eintragung einer in Grossbritannien gültig geschlossenen Ehe in

116 Eine damit zusammenhängende Frage ist diejenige, ob ein Ehegatte die Ehe anfechten kann, falls sie oder er zum Zeitpunkt der Eheschliessung nichts über die Geschlechtsumwandlung gewusst hat. Art. 107 Ziff. 3 ZGB lässt die Ungültigkeitsklage zu, wenn der Ehegatte die Ehe geschlossen hat, weil er über wesentliche persönliche Eigenschaften des anderen absichtlich getäuscht worden ist. Lehre und Praxis scheinen sich darin einig zu sein, dass das Nichtwissen beziehungsweise das Verschweigen der Geschlechtsumwandlung Grund für die Anfechtbarkeit der Ehe ist, dies wohl im Wesentlichen wegen der fehlenden Fortpflanzungsfähigkeit. Vgl. ZBl 1961, 418, 419. Im selben Urteil heisst es an anderer Stelle (421): «Wie der Gutachter ausführt, unterscheidet sich die Ehe praktisch und psychologisch kaum von einem Fall, in dem die Frau einen Kriegsverstümmelten heiratet, dem Hoden und Penis weggeschossen worden sind und der einen plastischen Ersatzaufbau seiner Geschlechtsorgane trägt».

117 BGE 119 II 264 ff.

118 Art. 45 IPRG.

119 Art. 27 Abs. 1 IPRG.

120 In SZIER 2001, 210 f.

die schweizerischen Zivilstandregister. Eine Partei hatte sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen und wies nun dieselben körperlichen Geschlechtsmerkmale wie ihr Ehepartner auf. Doch Grossbritannien kennt bekanntlich keine Möglichkeit, eine Geschlechtsumwandlung personenstandsmässig anerkennen zu lassen, das heisst, die Person behält trotz Geschlechtsumwandlung zeitlebens dasjenige Geschlecht, welches im Geburtsregister eingetragen ist. Dieser Eintrag ist nun gemäss dem st.-gallischen Urteil auch für die Frage massgebend, ob die Ehe unter dem Gesichtspunkt des *Ordre public* in der Schweiz anerkannt werden kann. Folglich sind zwar die Eheleute in ihrer Erscheinung ein gleichgeschlechtliches Paar, dank des konservativen englischen Rechts erfüllen sie jedoch personenstandsmässig die für die Anerkennung der Ehe in der Schweiz unerlässliche Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit.

Eine unvoreingenommene Betrachterin, einen unvoreingenommenen Betrachter mögen die Ergebnisse dieser beiden Entscheide erstaunen. Einem äusserlich verschiedengeschlechtlichen Paar wurde die Anerkennung ihrer Ehe verweigert, hingegen wurde einem in Bezug auf die sexuelle Identität und physische Erscheinung gleichgeschlechtlichen Paar dieselbe gewährt. Die Frage scheint berechtigt, ob die *Ordre-public*-Widrigkeit einzig vom Vorliegen bestimmter Personaldokumente abhängen kann: Was genau «verletzt das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise»? Liegt die *Ordre-public*-Widrigkeit tatsächlich in der personenstandsmässigen Ungereimtheit und nicht viel eher in der wahrnehmbaren und gelebten gleichgeschlechtlichen Beziehung, die zugleich als Ehe anerkannt werden soll?<sup>121</sup> Für das in diesen beiden Urteilen vertretene formalistische Argumentationsmuster sprechen allenfalls Praktikabilitätsgründe. Sachgerechte Entscheidungen, die der Komplexität und Differenziertheit des *Ordre-public*-Konzepts gerecht werden, müssen sich jedoch mit der Transsexualität auseinandersetzen und sich den Fragen rund um die sexuelle Identität der betroffenen Personen stellen. Es geht in diesen Fällen schliesslich weniger um die Definition und den Kerngehalt der Ehe als heterosexuelle Gemeinschaft als vielmehr um die Definition von Mann und Frau, um die Position der Transsexuellen im rechtlichen Gefüge und um ihr Recht auf sexuelle Identität.

### *3. Die Geschlechtsumwandlung während der Ehe*

Erfolgt die operative Geschlechtsumwandlung während der Ehe, so hat diese allein keinen Einfluss auf den Bestand einer rechtsgültig zustande gekommenen ehelichen Verbindung. Doch wie ist das Begehren um rechtlichen Nachvollzug einer Geschlechtsumwandlung zu beurteilen, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller verheiratet ist? Die Änderung des Registereintrages einer verheirate-

<sup>121</sup> Kritisch auch die Bemerkung zum Urteil, SZIER 2001, 212 f.

ten Person führt im Ergebnis zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe, das heisst zu einem der schweizerischen Rechtsordnung fremden Institut.

Wie bereits erwähnt, kann nach der Rechtsprechung mittels einer Statusklage die gerichtliche Feststellung des Geschlechtswechsels einer Person erwirkt werden. Es besteht indessen keine gesetzliche Grundlage, um die Auflösung einer allenfalls bestehenden Ehe zu verlangen, weder als Voraussetzung für eine operative Geschlechtsumwandlung noch als Bedingung der Eintragung ins Register.<sup>122</sup> Gleichwohl vertritt die Lehre, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befasst hat, mehrheitlich die Ansicht, dass eine verheiratete Person erst eine Änderung des Zivilstandsregisters beantragen kann, wenn die Ehe vorher aufgelöst worden ist.<sup>123</sup> Vereinzelt wird hingegen vertreten, die mit der Registeränderung betraute Behörde dürfe den rechtlichen Nachvollzug der operativen Geschlechtsumwandlung nicht verweigern, weil der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin verheiratet ist, zumal rechtlich lediglich ein Zustand festgestellt wird, der de facto bereits bestanden hat, und deshalb als solcher nicht gegen den Ordre public verstossen kann.<sup>124</sup> In diesen – zweifellos singulären – Fällen sei die gleichgeschlechtliche Ehe zu dulden.

Der unseres Wissens einzige Entscheid<sup>125</sup>, der sich dieser Thematik angenommen und die jüngere Diskussion geprägt hat, teilt diese letzte Ansicht. Im besagten Entscheid ging es darum, dass ein verheirateter Mann-zu-Frau-Transsexueller mit männlichem Vornamen nach einer geschlechtsumwandelnden Operation das Gesuch stellte, er sei in den Zivilstandsregistern als Frau einzutragen und es sei ihm ein weiblicher Vorname zu erlauben. Die Ehefrau erklärte ihr Einverständnis zu diesem Begehren. Das Gericht nahm im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung eine sorgfältige Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vor. Es gelangte zum Schluss, dass in dieser Konstellation das Recht des verheirateten Transsexuellen auf geschlechtliche Identität und sein Interesse an der Anerkennung des neuen Geschlechts sowie sein Interesse und das Interesse seiner Ehefrau am Fortbestand der Ehe und schliesslich das öffentliche Interesse am Schutz funktionierender Lebensgemeinschaften gegenüber dem öffentlichen Interesse am Schutz des Institutes Ehe in seiner überlieferten Ausprägung klar überwiegen. Das Gericht bezog in seine Überlegungen auch die gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen mit ein, die sowohl im Bereich gleichgeschlechtlicher Beziehungen wie auch im Bereich des Rechts auf sexuelle Identität zu verzeichnen sind. Das Gericht hat schliesslich einen sensiblen, an den realen Gegebenheiten und den Bedürfnissen der Betroffene-

122 Vgl. BUCHER ANDREAS (Fn. 45), N 328.

123 Vgl. HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, N 7.05; MERONI RUDOLF, Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts, Diss., Zürich 1984, 9.; ausführlich HEUSSLER WILLI, ZZW 1997, 161, 168 f.

124 Vgl. GEISER THOMAS (Fn. 88), 33, 42; SANDOZ/PIOTET (Fn. 79), 215, 231.

125 Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, SJZ 1997, 442 ff.

nen orientierten Entscheid getroffen: «Wo aber eine Ehe die grossen Belastungen des langwierigen Geschlechtsumwandlungsprozesses aushalten konnte – oder diesen gar erst ermöglichte –, ist offensichtlich eine aussergewöhnlich starke und überzeugte Gemeinschaft zwischen den Partnern vorhanden. Umso weniger befriedigend erscheint es deshalb, wenn in diesem Fall von staatlicher Seite auf die Auflösung der Ehe hingewirkt würde. Der Gesuchsteller müsste sich ausserdem zwischen zwei unbefriedigenden Zuständen entscheiden: Aufrechterhaltung der Ehe mit der Folge der grossen Alltagsprobleme, die sich aus der Diskrepanz zwischen körperlichem und rechtlichem Auftreten ergibt, oder Vollendung des Geschlechtsänderungsprozesses mit der Folge, dass die Ehe gegen den Willen sowohl des Gesuchstellers als auch seiner Partnerin aufgegeben werden müsste.»<sup>126</sup>

Dieser Entscheid veranlasste die Liberale Fraktion im Nationalrat, mittels Postulat den Bundesrat mit der Prüfung der juristischen Folgen einer Geschlechtsumwandlung zu beauftragen.<sup>127</sup> Die heftige und teilweise polemische Kritik am Urteil<sup>128</sup> zeitigte rasch Wirkung. Das Bundesamt für Justiz sah sich nicht nur genötigt, gegen die aufgrund des Entscheides ergangene Eintragungsverfügung Rekurs einzulegen, in der Meinung, das Bezirksgericht St. Gallen habe durch seine Entscheidung die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt und so den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt, es wies gleichzeitig alle Ämter an, die Eintragungen zukünftiger Geschlechtsumwandlungen betreffend nicht mehr ledige Personen von der Vorlage eines Ehescheidungs- oder Ehenichtigkeitsurteils oder des Todesscheins des früheren Ehegatten abhängig zu machen.<sup>129</sup> Und mit einer im Jahre 2000 in Kraft getretenen Revision der Zivilstandsverordnung wurde ein Beschwerderecht des Bundesamtes für Justiz gegen kantonale Entscheide in Zivilstandssachen eingeführt.<sup>130</sup>

Die im Kreisschreiben des Bundesamtes für Justiz vertretene Lösung lehnt sich an diejenige in Deutschland an, wonach nur unverheiratete Personen einen Antrag auf Änderung der Eintragung des Geschlechts im entsprechenden Register stellen können.<sup>131</sup> Das niederländische Recht hingegen, das einst dieselbe Regelung kann-

126 Urteil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 26. November 1996, SJZ 1997, 442, 445.

127 Postulat der Liberalen Fraktion «Ehe und Geschlechtsumwandlung» vom 4. Dezember 1997.

128 Vgl. die Bemerkung zum Urteil von HEUSSLER WILLI, ZZW 1997, 161, 168 f. HEUSSLER ruft ausdrücklich dazu auf, gegen das Ehepaar vorzugehen: «Es ist zu hoffen, dass sich ein Winkelried findet, das jemand den Mut aufbringt, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Ehe im vorliegenden Falle nicht mehr besteht, und zwar seit der Wirksamkeit der Geschlechtsänderung.» Dies würde wohl nicht so viel Mut brauchen, wie trotz widrigsten rechtlichen und offenbar auch sonstigen Umständen für die gelebte Partnerschaft einzutreten.

129 Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen, Eintragungen von Geschlechtsumwandlungen in Zivilstandsregistern. Kreisschreiben vom 2. Juli 1997 an die kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen, ZZW 1997, 241 f.

130 Art. 20 Abs. 4 ZStV.

131 § 8 Abs. 1 Ziff. 2 TSG. So auch zum Beispiel Schweden und Österreich: vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE (Fn. 77), 5, 12.

te, ist durch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare dahingehend geändert worden, dass nun auch verheiratete Personen eine Änderung des Registereintrages verlangen können.<sup>132</sup> Eine andere Lösung kennen das türkische und italienische Recht, wonach im Falle einer Änderung des Geschlechts im Zivilstandsregister die Ehe automatisch aufgelöst wird.<sup>133</sup> Da dem schweizerischen Recht die Zwangsscheidung gänzlich fremd ist, dürfte die geltende Rechtslage letztere Lösung nicht zulassen.<sup>134</sup> Auch die Eheungültigkeit kommt nicht in Betracht, da die Voraussetzung der Geschlechterverschiedenheit zum Zeitpunkt der Eheschliessung zweifellos erfüllt war. Doch auch die im Kreisschreiben propagierte Lösung scheint in mehrerer Hinsicht problematisch: Die Geschlechterverschiedenheit ist in tatsächlicher Hinsicht bereits mit dem operativen Eingriff weggefallen, die Änderung des Registereintrags ist lediglich die Feststellung eines Zustands, der bereits geschaffen ist. Das Recht auf den rechtlichen Nachvollzug einer veränderten geschlechtlichen Identität ist ein grundlegendes, sich aus grundrechtlichen Positionen ergebendes Recht, das der betroffenen Person nicht aus sachfremden Erwägungen verweigert werden darf. Deshalb ist unseres Erachtens die Verknüpfung der Änderung des Registereintrages mit der Frage nach dem Schicksal einer bestehenden Ehe im Hinblick auf Art. 8 und Art. 12 EMRK zumindest kritisch zu beurteilen.<sup>135</sup> Schliesslich ist der Ehepartner der transsexuellen Person im Verfahren um die personenstandsmässige Geschlechtsänderung gar nicht beteiligt, während die Voraussetzung eines Scheidungsurteils freilich auch seine Position tangiert.<sup>136</sup> Es ist wiederum aus grundrechtlichen Überlegungen zumindest problematisch, der transsexuellen Person das Recht auf sexuelle Identität zu verweigern, weil die Zustimmung des Ehepartners zur Scheidung fehlt.<sup>137</sup> Nicht zuletzt ist es schwer einzusehen, warum den Ehegatten die Scheidung auferlegt werden soll, nachdem sie viele belastende Prüfungen auf sich genommen und damit auch die Tragfähigkeit ihrer Beziehung unter Beweis gestellt haben. So bleibt unseres Erachtens für diese Fälle nur die Lösung, eine

132 Vgl. FORDER CAROLINE, Opening Up Marriage to Same Sex Partners and Providing for Adoption by Same Sex Couples, Managing Information On Sperm Donors, and Lots of Private International Law, in: BAINHAM (Hrsg.), *The International Suvery of Family Law 2000*, Bristol 2000, 239, 251.

133 Türkei: Art. 29 CC; Italien: Art. 4 TSG, dazu ausführlich VECCHI PAOLO MARIA, *Der Transsexualismus im deutschen und italienischen Recht*, Diss., Frankfurt am Main 1991, 115 ff. Eine andere Auslegung geht davon aus, dass die veränderte Geschlechtszugehörigkeit lediglich einen Scheidungsgrund für den Partner begründet.

134 So auch SCHWANDER IVO, *Bemerkungen zum Urteil des Bezirksgerichts St.Gallen vom 26. November 1996*, AJP 1997, 340, 345; SANDOZ/PIOTET (Fn. 79), 215, 235.

135 So auch FORDER CAROLINE (Fn. 132), 239, 251.

136 Vgl. auch GEISER THOMAS (Fn. 88), 33, 41 f.

137 Allerdings dürften wohl die Voraussetzungen des Art. 115 ZGB erfüllt sein. Demnach könnte die Ehe gegen den Willen des Partners oder der Partnerin aufgelöst werden und folglich der rechtliche Nachvollzug der Geschlechtsumwandlung stattfinden.

Änderung der relevanten Register trotz bestehender Ehe zuzulassen,<sup>138</sup> was aufgrund seiner fehlenden bindenden Wirkung auch entgegen dem anders lautenden Kreisschreiben des Bundesamtes für Justiz möglich ist.<sup>139</sup>

## V. Perspektiven: Ansätze jenseits eindeutiger Zweigeschlechtlichkeit

Wenn operierte Transsexuelle im Wesentlichen wegen fehlender Fortpflanzungsfähigkeit als «Neutrum» und damit als geschlechtslose Menschen beschrieben werden, wird ihnen das Recht auf eine eigene Geschlechtsidentität abgesprochen. Bis anhin lag die Strategie der Transsexuellenbewegung denn auch in erster Linie darin, die Anerkennung der neuen Identität in einer der gängigen Geschlechtsbezeichnungen einzufordern. Es zeigte sich aber, dass das völlige Hinüberwecheln in ein neues Geschlecht eine Fiktion ist.<sup>140</sup> Die Befreiung aus dem ungeliebten Körper und die schmerz- und opferreiche Anpassung an eine neue Norm erweist sich für viele als Ausdruck ein und desselben unterdrückenden Geschlechtersystems.<sup>141</sup> Das Ziel, als dem neuen Geschlecht zugehörig durchzugehen<sup>142</sup> und im täglichen Leben nicht als transsexuelle Person aufzufallen, ist besonders für Mann-zu-Frau-Transsexuelle schwierig und kann nur von wenigen erreicht werden. Die «Identitätspolitik»<sup>143</sup> der Gemeinschaft von Transsexuellen orientiert sich deshalb neu. Das Konzept der Konstruktion bietet dabei theoretische Hilfe: Wenn die Zweigeschlechtlichkeit als soziales Konstrukt erkannt wird, so liegt als nächster Schritt die Dekonstruktion und die Neudefinition von Geschlechtskategorien nahe, welche Raum lassen für multiple und variable Identitäten.

Die Anfechtung der dominanten Einordnung von Transsexuellen im bipolaren Schema kommt nicht am Rechtssystem in seiner Wirkungsweise als Produzent von Geschlechtsidentitäten<sup>144</sup> vorbei. In der Beschwerde Roetzheim v. Deutschland an die Organe der EMRK wurde eine solche Herausforderung an das Recht formuliert.

138 So wohl auch die Rechtslage zum Beispiel in Belgien, Luxembourg oder Polen: vgl. GRANET FRÉDÉRIQUE (Fn. 77), 5, 20, 22.

139 Vgl. BUCHER ANDREAS (Fn. 45), N 328.

140 Vgl. WHITTLE STEPHEN (Fn. 36), 4.

141 Vgl. WHITTLE STEPHEN (Fn. 36), 4.

142 In der englischsprachigen Literatur als «*passing*» bezeichnet, vgl. WHITTLE STEPHEN, (Fn. 36), 4.

143 Der Begriff «Identitätspolitik» (engl. *identity-politics*) wird verwendet für politische Strategien im Kampf gegen Unterdrückung aufgrund von Geschlecht, Sexualität, Ethnie, Rasse, Behinderung usw., welche auf der Selbstbestimmung einer kollektiven und individuellen Identität beruhen. Für eine Auseinandersetzung mit den Problemen solcher Strategien im Bereich des Feminismus vgl. z.B. BEN-HABIB SEYLA, Von der Politik der Identität zum sozialen Feminismus: Ein Plädoyer für die neunziger Jahre, in: KREISKY EVA/SAUER BIRGIT, Geschlechterverhältnisse im Kontext politischer Transformation, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 28, 1998, 50 ff.

144 Vgl. SMART CAROL, The Woman of Legal Discourse, 1 Social & Legal Studies 1992, 29, 34.

Der Beschwerdeführer, ein Mann-zu-Frau-Transsexueller, hatte vor den deutschen Gerichten unter anderem gefordert, ihm die Änderung des rechtlichen Geschlechtes gemäss Transsexuellengesetz zu gewähren, obwohl er sich keiner Geschlechtsumwandlungsoperation unterzogen hatte. Er rügte die Verletzung seines Rechtes auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK durch die Bedingung der Fortpflanzungsunfähigkeit und der operativen Angleichung an das neue Geschlecht. Die Beschwerde wurde von der Kommission für nicht zulässig erklärt.<sup>145</sup> Der Gedanke der Geschlechtswahl jenseits von anatomischen Zwängen wurde mit der Beschwerde aber ins Spiel gebracht. Ob dies den Keim zur Entwicklung eines Rechts «auf freie Geschlechts-Selbstbestimmung»<sup>146</sup> in sich birgt, wird sich in der Zukunft weisen.

Die Erzählungen transsexueller Personen zeigen, dass wir ein bestimmtes Geschlecht vor allem deshalb sind, weil wir es für andere sind, gleichzeitig immer aus einer vergeschlechtlichten Position aus andere wahrnehmen.<sup>147</sup> In dieser Verschränkung von Erfahrung der Betroffenen und Umwelt<sup>148</sup> kommt auch dem Recht eine bedeutende Rolle zu. Die heutige Gesetzgebung und Praxis mit ihrer festgeschriebenen dualistischen Konzeption determiniert in starkem Masse die Identitätsbildung inner- und ausserhalb biologischer Geschlechterkategorisierungen, zumal biologische Tatsachen zu Rechtsprinzipien gemacht werden, und das rechtlich-medizinisch identifizierte biologische Geschlecht eine sozial-strukturierende Grösse ist. Geraten die «natürlichen» Kongruenzen ins Wanken, so versucht die rechtliche Praxis die verwischten Grenzen zwischen den Geschlechtern und zwischen Homosexualität und Heterosexualität wieder mühsam nachzuziehen. Unseres Erachtens sollte eine zukünftige Gesetzgebung und Praxis dem Widerstand gegen das Diktat der Zweigeschlechtlichkeit und die ständige Reproduktion von Geschlechterordnung mit Ansätzen jenseits eindeutiger Zweigeschlechtlichkeit nachgeben. Dafür ist eine rechtliche Anerkennung der Selbstdefinition und -identifikation, von Zwischenräumen, Ambivalenzen und «*multiple-identities*», der Möglichkeit der Wandlung notwendig. Eine offenere Konzeption von Geschlecht, welche Inkongruenzen biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechteridentitäten und -kategorisierungen «erträgt», muss nicht nur die strikt binäre Struktur aufgeben, sondern darüber hinaus die Bedeutung des Geschlechts als ordnungspolitisches Merkmal grundlegend hinterfragen. Konkret bedeutet dies zum Beispiel nicht nur, die Voraussetzungen für eine personenstandsmässige Geschlechtsänderung zu überdenken, sondern ebenso im Bereich des Eherechts die ständige (Re)inszenierung der Zweigeschlechtlichkeit zu überwinden. Dafür müsste die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit aufgegeben werden, sei es durch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare oder durch die

145 EKMR Roetzheim v. Deutschland, 23.10.1997, Nr. 31177/96.

146 Vgl. WILDHABER LUZIUS (Fn. 59), Art. 8, N 208.

147 Wegweisend die Arbeit von LINDEMANN GESA, Das Paradoxe Geschlecht. Transsexualität im Spannungsfeld von Körper, Leib und Gefühl, Frankfurt am Main 1993.

148 Vgl. HIRSCHAUER STEFAN (Fn. 22), insbesondere 21 ff.

Abschaffung des Instituts.<sup>149</sup> Die Tatsache, dass das schweizerische Recht kein Gesetz zur Transsexualität kennt, ist als Chance zu werten für eine Politik und Praxis, die sich vom Kongruenzgebot zwischen anatomischem, kulturellem und rechtlichem Geschlecht, zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Präferenz verabschiedet.<sup>150</sup>

## VI. Schlussbemerkung: Es gibt den falschen Körper nicht

*“It is time to assert that there is no ‚wrong body‘ and that all bodies are alright, whatever their shape or genital status. It is the power of the norm, and of medicine and law, which take the cultural meanings made of biology as ultimate truth, that sustains our deviant status, body regulation and discrimination.”<sup>151</sup>*

Transsexualität kann als Aufforderung verstanden werden, Identitätskonzeptionen und gesellschaftliche Zwänge zur Geschlechterkonformität offen zu legen, Schleier vermeintlicher Natürlichkeit zu lüften, den Blick für die Vielfalt zu schärfen und über das Geschlecht als kontingente Grundregel unseres Seins nachzudenken.

---

**Zusammenfassung:** *Transsexualität als Phänomen der Inkongruenz zwischen biologischem und sozialem Geschlecht macht sichtbar, dass das Recht auf einer auf zwei Geschlechter beschränkten Ordnung basiert. Der Beitrag diskutiert anhand der personenstandsrechtlichen Geschlechtsänderung und der eherechtlichen Fragen, die sich bei Transsexualität stellen, wie das Recht bei der Konstruktion dieser bipolaren Geschlechterordnung mitwirkt. Werden die Normen der Zweigeschlechtlichkeit und der Heterosexualität hingegen hinterfragt, tut sich die Perspektive einer rechtlichen Anerkennung von selbst definierter Geschlechtsidentität auf.*

**Résumé:** *La transsexualité en tant que non-coïncidence entre le sexe biologique et le sexe social démontre que le droit se base sur un système limité à deux sexes. A travers le changement de sexe dans le droit du statut des personnes et à travers les questions du droit de la famille qui se posent en cas de transsexualité, la contribution discute comment le droit participe à la construction de ce système bipolaire. Si les normes de la binarité du sexe et de l'hétérosexualité sont remises en question, la perspective d'une reconnaissance juridique de l'identité sexuelle auto-définie s'ouvre.*

---

149 Vgl. BÜCHLER ANDREA (Fn. 114), 59, 85 ff.

150 HOLZLEITHNER zeigt in ihrem Beitrag am Beispiel der Queer-Bewegung auf, wie die neuere akademische und (sub)kulturelle Entwicklung sich von den Korrespondenzen verabschiedet hat. Vgl. HOLZLEITHNER ELISABETH, Sex in Queer Times: Körper, Praktiken & Identitäten, <http://www.servus.at/fakultaet/v-holzleithner.html>.

151 HOOLEY 1994, zitiert in SHARPE ANDREW NEVILLE, 6 Social & Legal Studies 1997, 23.