UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2020

Published version | Open Access

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

Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade

Büchler, Andrea; Cottier, Michelle

How to cite

BÜCHLER, Andrea, COTTIER, Michelle. Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade. In: La pratique du droit de la famille, 2020, n° 4, p. 875–889.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:149763

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich

Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Zürich

Michelle Cottier, Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Genf

Stichwörter: *Geschlechtsneutrales Abstammungsrecht, Elternschaft, Transgender, Intersex, Rechtsvergleichung, Revision.*

Mots-clés: *Droit de la filiation neutre quant au genre, parentalité, transgenre, intersexualité, droit comparé, révision.*

Traduction automatique : Lisez l'article en français sous www.fampra.ch

I. Ausgangspunkt und Grundlagen

1. *Reproduktive Autonomie, geschlechtliche Identität und körperliche Integrität*

Der Wunsch nach einem Kind ist ein existenzieller Wunsch, den viele Menschen im Laufe ihres Lebens haben. Reproduktive Autonomie, das heisst das Recht, über die Belange der Reproduktion selbst entscheiden zu können, ist Teil der persönlichen Freiheit und völkerrechtlich und verfassungsrechtlich geschützt.[1] Dasselbe gilt für das Recht auf geschlechtliche Identität. Die langjährige Praxis im Umgang mit dem Geschlechtswechsel von trans*geschlechtlichen und der Geschlechterzuordnung von inter*geschlechtlichen Personen stellte in verschiedener Hinsicht einen Eingriff in die geschlechtliche Identität, in die körperliche Integrität und in die reproduktive Autonomie dar.

2. *Änderung und Zuweisung des Geschlechts*

Bei einer trans*geschlechtlichen Person stimmt die geschlechtliche Identität mit dem bei der Geburt zugewiesenen und im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht nicht überein: Es besteht eine Inkongruenz zwischen biologischem und sozialem Geschlecht, und die Person wünscht, in dem der Geschlechtsidentität entspre-

1 Art. 8 EMRK; Art. 10 Abs. 2 BV; ausführlich dazu Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017, 11 ff. mit zahlreichen Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

chenden Geschlecht oder jenseits der Geschlechterbinarität zu leben.[2] Mitunter ersucht sie einen Geschlechtswechsel, der auch registerrechtlich vollzogen wird. Lange Zeit wurden für den Geschlechtswechsel erstens eine geschlechtsverändernde Operation und zweitens der Nachweis verlangt, dass die Reproduktionsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht aufgehoben wurde.[3] Weil auch die geschlechtliche Identität zu den grundrechtlich geschützten Interessen zählt,[4] bedeutete dies, dass die betroffene Person sich zwischen der Ausübung zweier Grundrechte entscheiden musste: Sie konnte das Recht auf Geschlechtsidentität nur unter Inkaufnahme eines Eingriffs in die körperliche Integrität und die reproduktive Selbstbestimmung erreichen.

Diese Praxis stand und steht weltweit in der Kritik, in der Schweiz nachdrücklich seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat im Jahr 2017 erstmals festgehalten, sie verstosse gegen Art. 8 EMRK.[5] In der Schweiz findet entsprechend seit knapp einem Jahrzehnt ein Wandel in der Rechtsprechung statt. So hielt das Obergericht Zürich in einem Urteil aus dem Jahr 2011 als erstes Schweizer Gericht fest, dass für die Änderung des amtlichen Geschlechts keine geschlechtsangleichenden Operationen verlangt werden dürfen.[6] Weitere Gerichte und das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (EAZW)[7] folgten dieser Ansicht. Eine zunehmende Zahl von erstinstanzlichen Gerichten hat in jüngerer Zeit entschieden, dass weder der operative Eingriff noch andere Nachweise der Fortpflanzungsunfähigkeit für die Änderung des Geschlechtseintrags vorausgesetzt werden dürfen.[8] Der registerrechtliche Geschlechtswechsel soll dann vollzogen werden können, wenn die Person das Wunschgeschlecht auf über-

2 Vgl. Büchler/Cottier, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, FamPra.ch 2002, 20, 22.

3 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung Recher, Kapitel 3b: Rechte von Transmenschen, in: Ziegler/Montini/Copur (Hrsg.), LGBT-Recht. Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2015, 105, N 49 ff.

4 Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität und das Recht. Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, in: Degele/Penkwitt (Hrsg.), Queering Gender – Queering Society. Freiburger FrauenStudien. Zeitschrift für interdisziplinäre Frauenforschung, Freiburg i. Br. 2005, 115, 125 ff.

5 EGMR, *A. P., Garçon und Nicot gegen Frankreich,* Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13, Urteil vom 6. April 2017, insbes. §§ 126 ff. Vorangegangen war eine Rechtsprechung zum Anspruch auf personenstandsrechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität nach einer operativen Geschlechtsanpassung, vgl. insbes. EGMR, *Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich,* Nr. 28957/95, Urteil vom 11. Juli 2002.

6 OGer ZH, 1.2.2011, NC090012/U, E. 3.6 (nicht veröffentlichte E. in OGer ZH, ZKE 2012, 55 ff.).

7 Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen, Transsexualität, Rechtsauskunft vom 1. Februar 2012, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/praxis.html (19.8.2020).

8 So Tribunal de première instance JU, 3.9.2012, CIV/1420/2012; Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2015, 196, 198 f.; Zivilgericht BS, FamPra.ch 2015, 671, 676 ff.; mit eingehender und überzeugender Begründung BezGer ZH, FamPra.ch 2017, 289, 290 ff.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2017, 286, 287 f.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2018, 204, 206 f.

zeugende Art lebt und auch von Dritten als diesem Geschlecht zugehörig wahrgenommen wird.[9] Die rechtliche Entwicklung findet parallel zum Wandel des medizinischen Diskurses statt. So wird im Jahr 2022 die Weltgesundheitsorganisation WHO die zurzeit noch geltende Diagnose «Transsexualismus» (ICD-10: F64.0) abschaffen, zu deren Definition noch «der Wunsch nach chirurgischer und hormoneller Behandlung, um den eigenen Körper dem bevorzugten Geschlecht soweit wie möglich anzugleichen» gehört. Stattdessen wird neu der weniger stark pathologisierende Begriff der *gender incongruence* eingeführt, der als «ausgeprägte und anhaltende Inkongruenz zwischen dem erfahrenen Geschlecht einer Person und dem zugeordneten Geschlecht» (ICD-11: HA60, HA61) definiert wird.[10]

Bei inter*geschlechtlichen Personen fällt eine Zuordnung bei der Geburt zu einem der beiden vorgesehenen Geschlechter, zum männlichen oder zum weiblichen, schwer, zumal ihre Chromosomen, gonadale oder hormonelle Merkmale ein uneindeutiges Bild abgeben. Möglich sind verschiedene Varianten der Geschlechtsentwicklung, die unterschiedliche Ursachen haben und unterschiedliche Verläufe aufweisen.[11] Das geltende Recht zwingt aber zu einer Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht gleich nach der Geburt. Das Spital oder die zugezogene Ärztin oder jede andere bei der Geburt anwesende Person hat die Geburt innerhalb von drei Tagen dem zuständigen Zivilstandsamt zu melden. Die Meldung umfasst auch das Geschlecht des Kindes.[12] Ein drittes Geschlecht oder die Möglichkeit, auf einen Eintrag zu verzichten, gibt es nicht. Bis in die jüngste Zeit war es üblich, nicht nur durch Registereintrag, sondern auch durch eine operative Geschlechtsangleichung die Eindeutigkeit des Geschlechts herzustellen. Diese medizinische Praxis, die auch häufig mit einer Sterilisation einhergeht, wurde und wird stark kritisiert, nicht zuletzt von der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK)[13] und von Institutionen des internationalen Menschenrechtsschutzes.[14]

9 BezGer ZH, FamPra.ch 2017, 289, 291 mit Verweis auf OGer ZH, ZKE 2012, 55, 64 ff.

10 Vgl. die 2022 in Kraft tretende 11. Ausgabe der Internationalen Statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (ICD-11), https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f411470068 (19.8.2020). Zur Entwicklung der medizinischen Begrifflichkeit vgl. auch Rauchfleisch, Transsexualismus – Genderdysphorie – Geschlechtsinkongruenz – Transidentität. Der schwierige Weg der Entpathologisierung, Göttingen 2019, 13 ff.

11 Vgl. Recher/Sprecher, Inter*: Zwischen stigmatisierender Pathologisierung und individuellem Unterstützungsbedarf, Pflegerecht 2017, 45 ff.

12 Art. 8, 34, 35 und 91 ZStV.

13 Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, Zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Ethische Fragen zur «Intersexualität». Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012, 5, 8 f., 14 f. und 19 f.

14 Vgl. etwa Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland vom 26. Februar 2015 (CRC/C/CHE/CO/2-4), §§ 42 f.; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland vom 25. November 2016 (CEDAW/C/CHE/CO/4-5), §§ 24 f.

Mit Blick auf die Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter hat das EAZW eine Empfehlung der NEK aufgenommen und am 1. Februar 2014 eine Amtliche Mitteilung veröffentlicht, in der die Zivilstandsbehörden angehalten werden, die Berichtigung dieser Angaben gestützt auf eine ärztliche Bescheinigung zu erleichtern.[15] Zwar stellt dies eine Entlastung für die Betroffenen dar, nach geltendem Recht unterliegt aber die Änderung des Geschlechtseintrags einem administrativen oder gerichtlichen Berichtigungsverfahren[16], und es ist lediglich – und zwingend – eine Zuordnung zum männlichen oder zum weiblichen Geschlecht möglich.

Neu schlägt ein Revisionsentwurf vor, die Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister von Kindern und Erwachsenen mit einer Trans*identität wie auch Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung unbürokratischer zu gestalten.[17] Die Einführung eines «dritten Geschlechts»[18] wird zwar mit dem Entwurf nicht vorgeschlagen, ebenso wenig wird die Möglichkeit eingeräumt, auf den Eintrag zu verzichten, zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer würden allerdings solche Erweiterungen befürworten.[19]

Die erwähnte Revision erstreckt sich auf alle Konstellationen, die zu einer Änderung des Geschlechtseintrags führen können: Eine Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder der Zivilstandsbeamtin soll ausreichen, um die Änderung des Registereintrags zu bewirken. Die Selbstbestimmung der betroffenen Person steht dabei im Zentrum: Die innerliche Überzeugung der Person, einem bestimmten Geschlecht zuzugehören, soll ausreichen, um eine Änderung des Registereintrags zu bewirken. Vorbedingungen wie medizinische Massnahmen oder Nachweise soll es keine mehr geben, wobei gemäss der Botschaft zum Entwurf das Zivilstandsamt «missbräuchlichen» oder «leichtsinnigen» Erklärungen die Rechtswirkung zu versagen hätte.[20]

15 Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen, Intersexualität: Eintragung und Änderung des Geschlechts und der Vornamen im Personenstandsregister, Amtliche Mitteilungen EAZW Nr. 140.15 vom 1. Februar 2014, https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/zivilstand/weisungen.html (19.8.2020).

16 Ein «falscher» Eintrag bei Geburt kann bereinigt werden (Art. 43 ZGB), andernfalls erfolgt die Änderung des Geschlechtseintrags auf Klage der betroffenen Person oder gegebenenfalls ihrer gesetzlichen Vertretung auf gerichtlichem Weg (Art. 42 ZGB).

17 Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff.

18 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16 = FamRZ 2017, 2046 ff.

19 Botschaft Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (Fn. 17), 811 und 815; Bundesamt für Justiz BJ, Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister). Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 1. Juli 2019, 12 f.

20 Botschaft Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (Fn. 17), 812 f. Zur Notwendigkeit der Ausbildung von Zivilstandsbeamtinnen und -beamten im Hinblick auf die diskriminierungsfreie Anwendung dieser vagen Norm vgl. Cottier, Besprechung von Bezirksgericht Einsiedeln, Einzelrichter, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, Änderung von Geschlecht und Vornamen bei urteilsfähigen Minderjährigen (unpubliziert), AJP 2020, 942, 947.

3. *Elternschaft nach Geschlechtswechsel oder bei (fehlender) Geschlechtszuweisung*

Ist eine Änderung des amtlichen Geschlechts für trans*geschlechtliche Personen zulässig, ohne dass die Fortpflanzungsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht aufgegeben werden muss, ist es auch möglich, dass Männer Kinder gebären[21] und Frauen Spermien zur Zeugung eines Kindes beitragen[22].

Aber auch die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin fordern die Mutter-Vater-Dyade heraus: Mit der Eizellvorsorge (sogenanntes social oder medical egg freezing) ist es möglich, dass sich ein Trans*mann vor der Transition Eizellen entnehmen und konservieren lässt, um diese dann später – nach der Transition – zu verwenden. Das ist deshalb von Bedeutung, weil Trans*personen zum Teil geschlechtsangleichende chirurgische Eingriffe wünschen oder die hormonellen Behandlungen, die mit einer Transition meist einhergehen, die Fruchtbarkeit negativ beeinflussen oder gar aufheben. Trans*männer werden möglicherweise Hormonersatztherapien durchlaufen, um die sekundären Geschlechtscharakteristiken wie Haarwuchs, Stimme und Muskelmasse an die Geschlechtsidentität anzupassen. Damit geht meist eine Beeinträchtigung der Fertilität einher, die zwar durch die Aufhebung der Testosteroneinnahme häufig rückgängig gemacht werden kann, allerdings ist dies keineswegs garantiert, und die Folgen langjähriger Therapien sind unbekannt.[23] Die frühe Entnahme und Konservierung der Eizellen kann diese vor Schäden bewahren.[24] Wird der Trans*mann zu einem späteren Zeitpunkt mit seinen befruchteten Eizellen schwanger, wird er dennoch die Testosterontherapie absetzen müssen, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese den Embryo schädigt.[25] Deshalb, aber auch aus Gründen der Geschlechtsidentität allgemein, wünschen sich Trans*männer möglicherweise ein biologisch eigenes Kind, aber nicht, dieses auszutragen. Möglich ist auch, dass sie eine Hysterektomie als Teil ihrer Transition vornehmen lassen. In Ländern, in denen sie erlaubt ist, käme dann die Leihmutterschaft infrage.[26] Alternativ könnte der mit der Eizelle des Trans*mannes und einer Samenspende gezeugte Embryo durch seine Partnerin ausgetragen werden. Freilich ist auch die Konservierung von Samenzellen vor der Transition der Trans*frau möglich, um diese später –

21 Light et al., Transgender Men Who Experienced Pregnancy After Female-to-Male Gender Transitioning, Obstetrics & Gynecology 2014, 1120 ff.

22 De Roo et al., Fertility options in transgender people, International Review of Psychiatry 2016, 112, 115.

23 De-Castro-Peraza et al., Biological, Psychological, Social, and Legal Aspects of Trans Parenthood Based on a Real Case – A Literature Review, International Journal of Environmental Research and Public Health 2019, 925 ff.

24 De Roo et al., International Review of Psychiatry 2016, 112, 114.

25 Irwig, Testosterone therapy for transgender men, The Lancet Diabetes & Endocrinology 2017, 301 ff.

26 De Roo et al., International Review of Psychiatry 2016, 112, 114.

nach der Transition – zur Befruchtung der Eizelle einer Partnerin oder einer Spenderin zu verwenden.[27]

In einigen Ländern werden Personen, die eine Transition in Erwägung ziehen, Massnahmen zur Fertilitätserhaltung empfohlen. Über diese Möglichkeiten sollten Trans*personen jedenfalls vor der Transition informiert werden, so sehen es auch die *Standards of Care of the World Professional Association for Transgender Health* vor[28] – ganz analog zur Aufklärung bei Personen, die sich medizinischen Behandlungen unterziehen müssen, die ihre Fertilität kompromittieren könnten. Die Aufklärung und das Angebot entsprechender Massnahmen sind umso dringender, als heute Transitionen in einem immer jüngeren Alter erwogen werden.[29]

Verschiedene Studien unterstreichen, wie wichtig für die Gesundheit von trans*geschlechtlichen Eltern die Anerkennung der Elternschaft in ihrer selbstbestimmten Identität ist, als Vater, als Mutter oder als Elternteil, der sich als non-binär, also als weder männlich noch weiblich, versteht. Erfahrungen des Ausschlusses oder gar Diskriminierung in Recht und Gesellschaft sowie auch das Fehlen von auf sie abgestimmten Angeboten des Gesundheitssystems werden dagegen als sehr belastend erlebt.[30]

Der Bezug von inter*geschlechtlichen Personen zu Elternschaft ist oftmals dadurch geprägt, dass ihnen seit dem Kindesalter vonseiten der Medizin mitgeteilt wurde, dass sie unfruchtbar seien.[31] Bei vielen ist die Infertilität eine Folge der Variante ihrer Geschlechtsentwicklung.[32] Viele heute erwachsene inter*geschlechtliche Personen sind allerdings, ohne um ihre Meinung gefragt worden zu sein, als Säugling oder Kleinkind geschlechtszuweisenden Operationen unterzogen worden, die sie erst um ihre Fortpflanzungsfähigkeit gebracht haben.[33] Intersex*personen sind deshalb meist auf die Unterstützung der Fortpflanzungsmedizin angewiesen oder erwägen eine Adoption, wenn sie einen Kinderwunsch verspüren. Über die Erfahrungen von inter*geschlechtlichen Menschen mit Elternschaft besteht noch kaum

27 Wierckx et al., Sperm Freezing in Transsexual Women, Archives of Sexual Behavior 2012, 1069 ff.

28 World Professional Association for Transgender Health WPATH, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/Standards%20of%20Care_V7%20Full%20Book_English.pdf, Chapter IX (19.8.2020).

29 Chen et al., Fertility Preservation for Transgender Adolescents, Journal of Adolescent Health 2017, 120 ff.

30 Vgl. Charter et al., The transgender parent: Experiences and constructions of pregnancy and parenthood for transgender men in Australia, International Journal of Transgenderism 2018, 64 ff.; Jones Tiffany et al., Parenting, in: Jones Tiffany et al. (Hrsg.), Female-to-Male (FtM) Transgender People's Experiences in Australia. A National Study, Cham 2015, 115 ff.

31 Jones Charlotte, Intersex, infertility and the future: early diagnoses and the imagined life course, Sociology of Health & Illness 2020, 143 ff.

32 Vgl. Jones Tiffany et al., Intersex. Stories and Statistics from Australia, Cambridge 2016, 190 ff.

33 Vgl. Greenberg, Intersexuality and the Law: Why Sex Matters, New York 2012, 27 ff.

Forschung. Eine der wenigen Studien weist darauf hin, dass eine Mehrheit von inter*geschlechtlichen Personen ihren eigenen Kindern gegenüber ihre Variante der Geschlechtsentwicklung offenlegt und vonseiten ihrer Familien grosse Akzeptanz erfährt.[34]

II. Rechtsvergleich

1. Elternschaft nach dem Geschlechtswechsel

Im Rechtsvergleich kann festgestellt werden, dass zahlreiche Rechtsordnungen, wie die schweizerische, im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR[35] und den Empfehlungen internationaler Organisationen[36] die Geschlechtsänderung erleichtert haben und insbesondere bei trans*geschlechtlichen Personen nicht mehr an die Voraussetzungen der operativen Geschlechtsangleichung und der Unfruchtbarkeit knüpfen.[37] Einzelne Länder erachten im Zuge dieser Reformen für bestimmte For-

34 Jones Tiffany et al. (Fn. 32), 193.

35 Oben I.2.

36 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015), Discrimination against transgender people in Europe, N 6.2.2; Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez vom 1. Februar 2013 (A/HRC/22/53), § 78; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the seventh periodic report of Belgium vom 14. November 2014 (CEDAW/C/BEL/CO/7), § 45; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the seventh periodic report of Finland vom 10. März 2014 (CEDAW/C/FIN/CO/7), § 29.b; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Slovakia vom 25. November 2015 (CEDAW/C/SVK/CO/5-6), § 37.c.

37 Argentinien: Ley 26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas vom 9. Mai 2012; Belgien: Art. 62bis § 1 CC; Portugal: Lei n.º 38/2018 de 7 de agosto. Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa; Dänemark: Videbæk Munkholm, Denmark, in: Scherpe (Hrsg.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015, 147, 165; Malta: Art. 3 bis 5 Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act vom 14. April 2015; Irland: Gender Recognition Act 2015; Norwegen: Lov om endring av juridisk kjønn [Gesetz über die Änderung des rechtlichen Geschlechts] vom 17. Juni 2016. Vgl. zur Rechtsvergleichung auch Sørlie, Governing (trans)parenthood: The tenacious hold of biological connection and heterosexuality, in: Otto (Hrsg.), Queering International Law. Possibilities, Alliances, Complicities, Risks, London/New York 2018, 171 ff.; Scherpe, Formal recognition of adult relationships and legal gender in a comparative perspective, in: Ashford/Maine (Hrsg.), Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law, Cheltenham 2020, 17, 28; Scherpe/Dunne, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015, 615 ff.; Botschaft und Entwurf Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (Fn. 17), 799 ff.; Recher, Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid, FamPra.ch 2015, 623 ff.

men von Elternschaft, die nach einem Geschlechtswechsel entstehen, das neue Geschlecht für massgebend.[38] Diese neueren Ansätze erfüllen die Anliegen einer Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarats von 2018, welche die Mitgliedstaaten auffordert, dafür zu sorgen, dass die geschlechtliche Identität von Trans*eltern in den Geburtsurkunden ihrer Kinder korrekt vermerkt wird.[39]

Viele Rechtsordnungen beharren aber nach wie vor darauf, dass das Gebären eines Kindes nur zur Position der Mutter[40] und der Beitrag von Samenzellen zur Zeugung nur zur Vaterstellung[41] führen könne. Auch der EGMR hat in seiner bisherigen Rechtsprechung noch keine positive Pflicht der Mitgliedstaaten angenommen, die dem neuen Geschlecht entsprechende Elternstellung anzuerkennen.[42] Nun ist ein Verfahren vor dem EGMR gegen Deutschland hängig, in dem es um die Weigerung der deutschen Behörden geht, eine als Mann im Zivilstandsregister eingetragene Per-

38 Vgl. das schwedische Urteil betreffend Anerkennung des Trans*mannes, der ein Kind geboren hat, als «Vater» gestützt auf Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK (Schutz des Kindes vor Offenbarung der Trans*identität des Elternteils): Förvaltningsrätten i Göteborg [Verwaltungsgericht Göteborg], 11435-13, 30 October 2014, zitiert nach Sørlie (Fn. 37), 171, 188. In den Niederlanden gilt das «neue» Geschlecht für die Trans*frau, die ihr Kind in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung als zweite Mutter anerkennen kann. Der Trans*mann, der das Kind geboren hat, gilt hingegen als «Mutter» des Kindes, vgl. van den Brink/Tigchelaar, The equality of the (non) trans-parent: women who father children, in: van den Brink/Burri/Goldschmidt (Hrsg.), Equality and human rights: nothing but trouble? Liber amicorum Titia Loenen, Utrecht 2015, 247, 249 f. In Belgien kann der Trans*mann, der mithilfe einer Samenspende gemeinsam mit seiner Partnerin Vater geworden ist, auch rechtlich als solcher anerkannt werden, vgl. Bribosia/Gallus/Rorive, Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique, Journal des tribunaux 2018, 261, 266.

39 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2239 (2018), Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation.

40 So Gerichte für den Trans*mann, der das Kind geboren hat, in Deutschland: BGH, Beschluss vom 6. September 2017, XII ZB 660/14 = FamRZ 2017, 1855 ff., vgl. dazu Wapler, Anmerkung, FamRZ 2017, 1855, 1861 f. und Richarz, Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53, 64 ff.; in Frankreich: TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/05019, D. 2017, 1371 ff.; in England und Wales: McConnell & Anor, R (On the Application Of) v The Registrar General for England and Wales [2020] EWCA Civ 559, vgl. dazu Margaria, Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?, International Journal of Law, Policy and the Family 2020 (im Druck). Auch in Belgien kann aufgrund von Art. 62bis/1 § 2 CC der gebärende Trans*mann das Kind nur als Mutter anerkennen, vgl. Bribosia/Gallus/Rorive, Journal des tribunaux 2018, 261, 265 f. Vgl. für die Niederlande oben Fn. 38.

41 So in Norwegen, wo das Geburtsgeschlecht als ausschlaggebend gilt für die Entstehung des Kindesverhältnisses, mit Ausnahme der Co-Mutterschaft in der gleichgeschlechtlichen Beziehung, vgl. Sørlie (Fn. 37), 171, 180 ff.; vgl. für Deutschland BGH, Beschluss vom 29. November 2017, XII ZB 459/16 = FamRZ 2018, 290 f., wonach eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren konserviertem Spendersamen ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, abstammungsrechtlich nur die Vater- und nicht die Mutterstellung erlangen kann, vgl. dazu Richarz, RdJB 2019, 53, 64 ff.

42 EGMR, *X, Y und Z gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 21830/93, Urteil vom 22. April 1997, vgl. dazu Margaria, The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Cambridge 2019, 54 ff.

son, die das Kind geboren hat, im Zivilstandsregister als Vater einzutragen.[43] Das Verfahren wird erlauben, zu klären, welche Verpflichtungen der Vertragsstaaten sich bezüglich Elternschaft von Trans*personen aus Art. 8 und Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK ergeben.

2. *Transition bei bestehender Elternschaft*

Ist eine Trans*person bereits vor ihrer Transition Vater oder Mutter geworden, stellt sich die Frage der Änderung ihrer Elternposition im Moment der personenstandsrechtlichen Geschlechtsänderung. Soll also eine Trans*frau auf Antrag neu die Stellung als Mutter und der Trans*mann neu die Stellung als Vater erhalten können, damit das eingetragene Geschlecht mit der Elternposition übereinstimmt? In Kalifornien steht diese Möglichkeit der Anpassung der geschlechtskonnotierten Elternbezeichnung auf Antrag zur Verfügung.[44] Immer noch schliessen aber die meisten Rechtsordnungen den Wechsel von der Mutter- zur Vaterposition und umgekehrt nach der Geschlechtsänderung aus.[45]

Vielerorts sind Trans*personen zudem mit Beschränkungen ihrer Elternrechte konfrontiert, die mit ihrem Trans*sein begründet werden.[46] Ein hängiges Verfahren vor dem EGMR gegen Russland betrifft die Frage, ob eine gerichtliche Entscheidung, die annimmt, dass der Kontakt mit einem Trans*elternteil psycho-traumatische Folgen für dessen Kinder habe und deshalb der Umgang beschränkt werden

43 EGMR, *O. H. und G. H. gegen Deutschland,* Nr. 53568/18 und 54741/18, eingereicht am 7. November 2018, vgl. dazu MARGARIA, International Journal of Law, Policy and the Family 2020 (im Druck).

44 California Health and Safety Code, updated January 1, 2016, § 102425.1(b)(2), vgl. BRODIE MAIER, Parental Gender Designations on Children's Birth Certificates: The Need for a Modifiable Form, DePaul Journal of Women, Gender and the Law 2019, 1, 16.

45 Argentinien: Articulo 7 Ley de Identidad de Género, vgl. GIOSA/SCHIRO/DUNNE, Argentina, in: SCHERPE (Hrsg.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015, 571, 581 f., die auf einen Fall hinweisen, bei dem eine neue Geburtsurkunde ausgestellt wurde; Belgien: Art. 62bis/1 § 1 CC, vgl. BRIBOSIA/GALLUS/RORIVE, Journal des tribunaux 2018, 261, 265; Deutschland: § 11 Transsexuellengesetz, vgl. DUTTA, Germany, in: SCHERPE (Hrsg.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015, 207, 218; Grossbritannien: Section 12 Gender Recognition Act 2004, vgl. WHITE, Trans Pregnancy. An International Exploration of Transmasculine Practices of Reproduction. Law and Policy Review United Kingdom, University of Westminster, April 2018, https://transpregnancy.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/70/2018/05/Trans-Pregnancy-policy-review-UK.pdf (21. 8. 2020); Niederlande: Art. 1:28c(2) BW, vgl. VAN DEN BRINK/TIGCHELAAR (Fn. 38), 247, 249.

46 Vgl. etwa FERRER RIBA/LAMARCA I MARQUÈS, Spain, in: SCHERPE (Hrsg.), The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Cambridge/Antwerpen/Portland 2015, 261, 275 f.; MINTER, Transgender Family Law, Family Court Review 2018, 410 ff.; KATYAL/TURNER, Transparenthood, Michigan Law Review 2019, 1593 ff.

müsse, Art. 8 und Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK verletzt.[47] Auch in dieser Sache wird ein Urteil erwartet, das die Elternrechte von Trans*personen stärken wird.[48]

3. *Anerkennung weiterer Geschlechtsoptionen*

Über die Empfehlungen des Europarats hinaus sehen die Yogyakarta-Prinzipien zu sexueller Orientierung und Menschenrechten in ihrer nachgeführten Version von 2017 eine Pflicht der Staaten vor, bei der Geburt eines Kindes eine Geburtsurkunde auszustellen, welche die selbstbestimmte Geschlechtsidentität der Eltern aufführt,[49] wobei die Prinzipien eine Pflicht enthalten, nicht nur die Kategorien «weiblich» und «männlich», sondern eine Vielzahl von Geschlechtsoptionen vorzusehen.[50] Damit soll trans*- und inter*geschlechtlichen Personen, deren Geschlechtsidentität non-binär, also weder männlich noch weiblich, oder fluid, also sich im Zeitverlauf verändernd, ist, eine ihrer Identität entsprechende personenstandsrechtliche Kategorisierung zur Verfügung gestellt werden.

Entsprechend diesen Empfehlungen anerkennen bereits einige europäische Länder mehr als zwei Geschlechtskategorien, so Deutschland[51], Österreich[52] und Bel-

47 EGMR, *A. M. u. a. gegen Russland,* Nr. 47220/19, eingereicht am 4. September 2019. Vgl. aber EGMR, *P. V. gegen Spanien,* Nr. 35159/09, Urteil vom 30. November 2010: keine Verletzung von Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK im Fall der Beschränkung des Besuchsrechts des sich in Transition befindlichen Elternteils.

48 Vgl. Vermeulen, Human Rights Centre submits a third party intervention in case concerning the right to family life of transgender parents and their children, https://strasbourgobservers.com/2020/07/08/human-rights-centre-submits-a-third-party-intervention-in-case-concerning-the-right-to-family-life-of-transgender-parents-and-their-children/ (21. 8. 2020).

49 The Yogyakarta Principles plus 10 (YP+10), Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles, adopted on 1. November 2017, https://yogyakartaprinciples.org/, Principle 24.I (21. 8. 2020).

50 The Yogyakarta Principles plus 10 (YP+10), Principle 31.C.ii.

51 Das Bundesverfassungsgericht gab dem Gesetzgeber bis Ende 2018 Zeit, entweder die Geschlechtserfassungspflicht abzuschaffen oder positiv ein «Drittes Geschlecht» vorzusehen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16 = FamRZ 2017, 2046 ff. Der Gesetzgeber folgte der zweiten Option. Neu erlaubt ist die Eintragung als «divers» oder ein Offenlassen des Feldes im Geburtsregister: § 22 Abs. 3 und § 45b Personenstandsgesetz.

52 Laut dem Österreichischen Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 15. Juni 2018, G 77/2018-9, https://www.vfgh.gv.at/medien/Personenstandsgesetz_-_intersexuelle_Personen.php (21. 8. 2020), räumt Art. 8 EMRK Personen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung gegenüber männlich oder weiblich das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht ein, dass auf das Geschlecht abstellende Regelungen ihre Variante der Geschlechtsentwicklung als eigenständige geschlechtliche Identität anerkennen, und schützt insbes. Menschen mit alternativer Geschlechtsidentität vor einer fremdbestimmten Geschlechtszuweisung. Der Verfassungsgerichtshof verweist diesbezüglich insbes. auf die Bezeichnungen «divers», «inter» oder «offen».

gien[53]. Für die Elternschaft von Personen, die der dritten oder weiteren Geschlechtskategorien zugehören, sind aber auch in diesen Ländern nur die Positionen der «Mutter» oder des «Vaters» vorgesehen, was für die Betroffenen wenig befriedigend ist.[54]

In verschiedenen Rechtsordnungen sieht immerhin das Personenstandsrecht die Möglichkeit vor, zwischen der Erwähnung von «Vater» und «Mutter» in der Geburtsurkunde einerseits und einer geschlechtsneutralen Bezeichnung für die Eltern[55] respektive dem vollständigen Verzicht auf Erwähnung der Eltern[56] andererseits zu wählen. Einzelne Familienrechtsordnungen verzichten im Zuge der Anerkennung einer Vielzahl von Geschlechtsidentitäten jenseits der Dichotomie weiblich-männlich konsequenterweise ganz auf die Kategorien Mutter und Vater im Kindesrecht und sehen nur noch den geschlechtsneutralen Begriff «Eltern» vor. Dies ist die Lösung, die Ontario in seiner Familienrechtsreform von 2016 eingeführt hat.[57] Sie soll im Folgenden vertieft analysiert werden.

4. *Ein geschlechtsneutrales Abstammungsrecht als Lösung: das Beispiel Ontario*

Ontario hat im Jahr 2017 den *All Families Are Equal Act* in Kraft gesetzt, der als wegweisende Gesetzgebung für Inklusivität von Trans*- und Intersex*personen gelten kann.[58] Auslöser für die Reform war ein Verfahren vor dem *Ontario Superior Court of Justice,* dem obersten Gericht der Provinz. Im Rahmen des Verfahrens stellte das Gericht die Verfassungswidrigkeit bestimmter Bestimmungen des Kindesrechts *(Children's Law Reform Act)* und des Personenstandsrechts *(Vital Statistics Act)* fest, und der *Attorney General* von Ontario verpflichtete sich daraufhin, eine Reform der entsprechenden Bestimmungen einzuleiten.[59] Der neue *Children's Law Reform Act 2016* zeichnet sich dadurch aus, dass er für eine Pluralität von Familienkonstellationen angemessene Lösungen vorsieht, so auch für Familien, die

53 Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019, http://www.const-court.be/public/f/2019/2019-099f.pdf (21.8.2020).

54 Vgl. für Deutschland: Chebout/Richarz, Abstammungsrecht für alle, Recht und Politik 2019, 193 ff.

55 So in Kalifornien: California Health and Safety Code, updated January 1, 2016, § 102425.1(a), vgl. Brodie Maier, DePaul Journal of Women, Gender and the Law 2019, 1, 16.

56 So in Deutschland: Geburtsurkunden können auf Antrag ohne «Geschlecht» des Kindes und ohne Nachweis der Eltern ausgestellt werden, § 59 Abs. 2 Personenstandsgesetz.

57 All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016, S.O. 2016, c. 23; vgl. Leckey, One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016, International Journal of Law, Policy and the Family 2019, 298 ff.

58 Vgl. auch Leckey, International Journal of Law, Policy and the Family 2019, 298, 301.

59 Grand v (Ontario) Attorney General, 2016 ONSC 3434 [2], vgl. dazu Snow, Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization and Ontario's All Families Are Equal Act, Canadian Journal of Law and Society 2017, 329 ff.; Leckey, International Journal of Law, Policy and the Family 2019, 298, 301.

mithilfe der Fortpflanzungsmedizin entstanden sind, für gleichgeschlechtliche sowie für trans*- und inter*geschlechtliche Eltern.[60] Im Interesse der letzten zwei verzichtet das Gesetz auf die Bezeichnungen «Vater» und «Mutter» und sieht die geschlechtsneutrale Elternbezeichnung «parent» vor. Für die das Kind gebärende Person wird der Begriff «birth parent/parent de naissance» verwendet, weitere (bis vier) Elternteile sind «parents».[61] Das Gesetz kommt ganz ohne Bezugnahme auf die Begriffe «Mutter» und «Vater» aus: Zunächst entsteht das Kindesverhältnis gegenüber dem Geburtselternteil[62] mit Ausnahme der Leihmutterschaft, bei der die Elternschaft aufgrund einer vorgeburtlichen Vereinbarung auf die Wunscheltern übergeht.[63] Ein Kindesverhältnis entsteht ebenfalls zur Person, deren Spermien im Rahmen von Geschlechtsverkehr zur Zeugung beigetragen haben;[64] aufgrund einer Elternschaftsvermutung zum Ehegatten des Geburtselternteils;[65] und zum Elternteil, der der Zeugung mittels Fortpflanzungsmedizin oder Insemination mit Spendersamen zugestimmt hat.[66] Ein Kindesverhältnis zu bis zu vier Personen kann auch ausserhalb des fortpflanzungsmedizinischen Kontextes durch eine Vereinbarung unter allen beteiligten Wunscheltern vor der Zeugung *(pre-conception parentage agreement)* entstehen.[67]

Aus rechtsvergleichender Sicht ist die Lösung des Rechts von Ontario, das eine geschlechtsneutrale Bezeichnung der Elternposition und entsprechend vom Geschlecht losgelöste Regeln über die Entstehung des Kindesverhältnisses kennt, zweifellos zukunftsweisend,[68] weshalb ihre Umsetzung für die Schweiz nachfolgend diskutiert werden soll.[69]

III. Trans*- und inter*geschlechtliche Personen und Elternschaft im Schweizer Recht *de lege lata*

Nach Schweizer Recht entsteht Mutterschaft einzig durch die Geburt des Kindes oder durch Adoption. Die wenigen Stimmen in der Literatur, die sich mit der

60 Vgl. im Einzelnen LECKEY, International Journal of Law, Policy and the Family 2019, 298, 301 ff.

61 Section 1 (1) Children's Law Reform Act Ontario: «‹birth parent› means, in relation to a child, the person who gives birth to the child (‹parent de naissance›)»; Section 4 (1): «A person is the child of his or her parents».

62 Section 6 (1) Children's Law Reform Act Ontario.

63 Section 10 f. Children's Law Reform Act Ontario.

64 Section 7 (1) Children's Law Reform Act Ontario.

65 Section 7 (2) Children's Law Reform Act Ontario.

66 Section 8 Children's Law Reform Act Ontario.

67 Section 9 Children's Law Reform Act Ontario.

68 So auch SCHERPE, The Present and Future of European Family Law, Cheltenham 2016, 130 f.; SCHERPE/DUNNE (Fn. 37), 615, 659; VAN DEN BRINK/TIGCHELAAR (Fn. 38), 247, 259; MARGARIA, International Journal of Law, Policy and the Family 2020 (im Druck); RICHARZ, RdJB, 53, 69.

69 Unten IV.

Thematik von trans*geschlechtlicher und inter*geschlechtlicher Elternschaft befasst haben, gehen davon aus, dass ein Mann, der ein Kind zur Welt bringt, im Register als Mutter eingetragen wird.[70] Es wird davon ausgegangen, dass der biologische Beitrag und Vorgang, das heisst die Geburt, entscheidend ist.[71] Dies gilt erst recht für das Eltern-Kind-Verhältnis, das vor der Transition des Trans*mannes entstanden ist.

Vaterschaft kennt hingegen verschiedene Entstehungsgründe: zunächst die Ehe mit der Mutter, bei fehlender Ehe die Anerkennung und schliesslich das Vaterschaftsurteil und die Adoption. War eine Person bei der eigenen Geburt aus rechtlicher Sicht männlich, zum Zeitpunkt der Geburt ihres Kindes aber eine Frau, und wurden ihre Samenzellen zur Zeugung eines Kindes verwendet, so entsteht ihre Vaterschaft durch Ehe mit der Frau, die das Kind geboren hat, durch Anerkennung oder durch Urteil. Die Elternstellung als Mutter kann sie hingegen nicht ab Geburt erlangen, zumal sie das Kind nicht zur Welt bringt.[72] Auch in diesen Fällen bleibt die Vaterstellung gegenüber einem vor der Transition geborenen Kind trotz Geschlechtswechsel bestehen.

Diese Rechtslage ist unbefriedigend. Sie verletzt unseres Erachtens das völker- und verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.[73] Der Eintrag eines Mannes als Mutter führt zu einer zwangsweisen Offenlegung der Transition und zu einer erneuten Dissonanz zwischen Eintrag und geschlechtlicher Identität, das heisst, die Person kann rechtlich nicht die Elternrolle besetzen, die ihrer geschlechtlichen Identität (und ihrem registerrechtlichen Geschlecht) und ihrer familiären Praxis entspricht. Dies hat auch direkte, belastende Auswirkungen auf die betroffenen Kinder, die beispielsweise in der Schule mit verunsichernden Fragen zur Geschlechtsidentität ihres Elternteils konfrontiert werden.

IV. Trans*- und inter*geschlechtliche Personen und Elternschaft im Schweizer Recht *de lege ferenda*

Das Abstammungsrecht bedarf unabhängig von der Frage nach der trans*geschlechtlichen und inter*geschlechtlichen Elternschaft der Revision.[74] Zurzeit befasst sich eine Gruppe von Expertinnen und Experten im Auftrag des Bundesamts

70 Schnyder/Capaul, Elternschaft von Transmenschen, FS Breitschmid, Zürich 2019, 201, 206 f.; Recher (Fn. 3), 105, N 144.

71 In einer Konstellation kann der Mann nach einer Transition Vater des Kindes werden: wenn er mit einer Frau verheiratet ist, die ein mit einer fremden Samenspende gezeugtes Kind geboren hat.

72 Die einzige Möglichkeit, die Stellung als Mutter zu erlangen, ist die «Stiefkindadoption» des Kindes gemäss Art. 264c ZGB.

73 Art. 8 EMRK; Art. 13 BV; vgl. auch Schnyder/Capaul, FS Breitschmid, 201, 207.

74 Postulat 18.3714 der Kommission für Rechtsfragen StR, Überprüfung des Abstammungsrechts.

für Justiz mit dem Abstammungsrecht.[75] Im Zuge der geplanten Revision sollte auch in Betracht gezogen werden, auf die Positionen «Mutter» und «Vater» ganz zu verzichten und stattdessen Elternpositionen vorzusehen. Nur der Verzicht auf die rechtliche Festlegung der Person auf eine bestimmte geschlechterkonnotierte Position wahrt das Recht auf geschlechtliche Identität umfassend. Freilich würden und werden Mutterschaft und Vaterschaft im alltäglichen Umgang und im Verständnis von Eltern und Kindern nicht verschwinden, aber der Verzicht auf die Festlegung gemäss dem biologischen Beitrag ermöglicht das Erleben von Elternschaft in Übereinstimmung mit der geschlechtlichen Identität, unabhängig vom biologischen Beitrag zur Zeugung des Kindes.

Ein geschlechtsneutrales Abstammungsrecht würde also Elternpositionen vorsehen, so regelmässig eine erste und eine zweite Position.[76] Denkbar sind grundsätzlich zwei Modelle: Erstens könnten die beiden Elternpositionen durch Erklärung, das heisst durch die Anerkennung, begründet werden: In einem solchen Modell wäre die Intention sowohl für die erste wie für die zweite Position zentral. Ob Korrekturmöglichkeiten vorzusehen und wie diese auszugestalten wären und wie mit Konflikten umzugehen wäre, kann und soll hier nicht diskutiert werden. Möglich ist aber auch, zweitens, dass die erste Elternposition – wie nach geltendem Recht – durch Geburt entsteht und nur die zweite nach einer Anerkennung verlangt.[77]

Die Aufhebung der Positionen «Mutterschaft» und «Vaterschaft» hätte Auswirkungen auf andere Regelungen. Das Gesetz spricht an einigen Stellen von der Mutter und dem Vater (zum Beispiel in Art. 296 Abs. 2, Art. 298 Abs. 3, Art. 298a Abs. 1 ZGB). Die entsprechenden Anknüpfungen zum Beispiel für die elterliche Sorge (Art. 298a Abs. 5 ZGB) und damit verbunden auch für den Namen des Kindes (Art. 270a ZGB) müssten angepasst werden, was allerdings keine besondere Herausforderung darstellen dürfte. Der dyadische Bezugsrahmen, der Verweis auf Mutter und Vater, ist mit Blick auf die Möglichkeit einer Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare (Art. 264c ZGB) schon heute nicht mehr angemessen.

75 Bundesamt für Justiz BJ, Expertengruppe «Abstammungsrecht», https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html (20.8.2020); zum Revisionsbedarf Büchler/Schmucki, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht. Eine Neuauflage, FamPra.ch 2020, 1, 3 f.

76 Ob auch originäre multiple Elternschaft einzuführen ist, soll hier nicht diskutiert werden. Vgl. dazu zum Beispiel Röthel, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbig-Lugani/Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen. Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, Berlin/Boston 2019, 129 ff.; Sanders, Mehrelternschaft, Habil. Köln, Tübingen 2017.

77 Vgl. Büchler/Schmucki, FamPra.ch 2020, 1, 22 und 49 f.

V. Schluss

Trans*- und Inter*elternschaft fordern die geschlechterkonnotierten Konzepte von Mutter und Vater und ihre Komplementarität im Abstammungsrecht heraus. Es liegt nahe, die Dyade Mutterschaft und Vaterschaft aufzuheben und künftig im Recht nur noch Elternpositionen vorzusehen. Nur dies wird dem Recht auf geschlechtliche Identität, auf persönliche Freiheit, auf körperliche Unversehrtheit und auf Schutz des Familienlebens gerecht. Menschen, deren Identität und Körper nicht mit den gängigen Normen betreffend Geschlecht und Fortpflanzung übereinstimmen, wie auch ihre Kinder und Miteltern werden davon entlastet, mit einer rechtlichen Kategorisierung leben zu müssen, die in keiner Weise zu ihrer familiären Realität passt. Jede Familie ist damit frei, im sozialen Leben die Elternbezeichnungen zu verwenden, die ihr am besten entsprechen.

Zusammenfassung: *Die aktuelle Reform des Zivilstandsrechts soll eine Änderung des Geschlechtseintrags im Zivilstandsregister auf der Grundlage einer Erklärung, ohne medizinische Nachweise ermöglichen und orientiert sich damit am Schutz der Selbstbestimmung im Bereich der Geschlechtsidentität. Dieser Entwicklung muss sich nun auch das Abstammungsrecht stellen: Das geltende Recht anerkennt trans*- oder inter*geschlechtliche Personen nicht immer in der Elternrolle, die ihrer Geschlechtsidentität entspricht, und bezeichnet etwa einen Mann, der ein Kind geboren hat und von allen Familienmitgliedern als Vater betrachtet wird, als «Mutter». Der Beitrag plädiert angesichts dieser Missachtung des Rechts auf geschlechtliche Identität und auf Schutz des Familienlebens und, mit Blick auf wegweisende Rechtsentwicklungen im Ausland, für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade und die Einführung von geschlechtsneutralen Elternpositionen.*

Résumé : *La réforme actuelle du droit de l'état civil doit permettre de modifier l'inscription du sexe au registre de l'état civil sur simple déclaration, sans attestation médicale, et se fonde sur la protection de l'autodétermination en matière d'identité de genre. Le droit de la filiation doit également s'ouvrir à cette évolution : le droit en vigueur ne reconnaît pas toujours les personnes transgenres ou intersexes dans le rôle parental qui correspond à leur identité de genre et désigne par exemple comme « mère » un homme qui a donné naissance à un enfant et qui est considéré par tous les membres de la famille comme le père. Face à cette situation juridique qui contrevient au droit à l'identité de genre et à la protection de la vie familiale et compte tenu des récents développements du droit à l'étranger, l'article plaide pour une abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre.*