

## **Diskriminierung von transidenten Personen – Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?**

von Dr.<sup>in</sup> Elisabeth Greif

Das „Phänomen“ Transidentität bildet Anknüpfungspunkt für unterschiedlichste rechtliche Fragen, von denen die nach dem Schutz vor Diskriminierung wohl die historisch jüngste darstellt.

Die rechtswissenschaftliche Diskussion in Österreich konzentrierte sich lange Zeit auf die Frage nach der Erlaubtheit geschlechtsanpassender Eingriffe, die zunächst mit dem Argument, es handle sich um betrügerische und sittenwidrige Handlungen verneint, schließlich analog zu medizinischen Experimenten und kosmetischer Chirurgie bei Einwilligung der Betroffenen bejaht wurde, erst seit 2001 werden geschlechtsanpassende Operationen im Strafrecht als Heilbehandlungen eingestuft und erfüllen somit nicht den Tatbestand der (schweren) Körperverletzung; sowie auf die Frage nach der rechtlichen Anerkennung des gewählten Geschlechts.

Letztere, also die Eintragung eines Randvermerks über die „Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenbuch“ und in der Geburtsurkunde ist in Österreich seit 1983 durch einen Erlass des Bundesministeriums für Inneres geregelt, der mittlerweile in der 3. Fassung aus 2007 vorliegt.

Der Erlass aus 2007 regelt die „Vorgangsweise nach Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation“ und setzt für eine Anerkennung des gewählten Geschlechts neben einem psychotherapeutischen Gutachten den Befund über eine geschlechtsanpassende Operation voraus, betrifft also über weite Strecken – mit Ausnahme der Wahl eines neuen Vornamens – nur die Situation so genannter post-operativer Transsexueller.

Insofern stellt sich die Frage, inwieweit der Transsexuellen-Erlass selbst „Ort“ von Diskriminierung ist oder sein kann. Wir werden auf diese Frage zu einem späteren Zeitpunkt noch zurückkommen.

Wenden wir uns jedoch zunächst dem Kernbereich des österreichischen Antidiskriminierungsrechts, den Gleichbehandlungsgesetzen und damit der Frage zu, ob und

wenn ja in welchem Ausmaß diese Gesetze transidenten Personen Schutz vor Diskriminierung bieten. Als verbotene Anknüpfungsmerkmale nennen die Gleichbehandlungsgesetze neben dem Geschlecht auch die Religion oder Weltanschauung, die ethnische Zugehörigkeit, das Alter und die sexuelle Orientierung. Für eine Subsumtion bieten sich hier auf den ersten Blick die Merkmale „Geschlecht“ und „sexuelle Orientierung“ an. Während die RL 2000/78/EG, die Rahmgleichbehandlungsrichtlinie der Europäischen Union das verbotene Anknüpfungsmerkmal der „sexuellen Ausrichtung“ nennt, bedient sich der österreichische Bundesgesetzgeber – und weitestgehend auch die Landesgesetzgeber – des gängigeren Begriffs der sexuellen Orientierung. Nach allgemeinem Verständnis bezeichnet die sexuelle Orientierung die Präferenz bei der sexuellen Objektwahl, das heißt, zu welchem Geschlecht sich jemand hingezogen fühlt und wird demgemäß als heterosexuell, homosexuell und bisexuell definiert und verstanden. Die „Geschlechtsidentität“, also das subjektive Empfinden, männlich, weiblich oder hermaphroditisch zu sein, ist dagegen von der sexuellen Orientierung zu unterscheiden. Neben dieser begrifflichen Abgrenzung sprechen zwei weitere Gründe dafür, Diskriminierungen von transidenten Personen als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und nicht als Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einzustufen. Der erste Grund ist ein pragmatischer: in seinem Urteil in der Rechtssache P. gegen S. und Cornwall County Council (Rs C-13/94) hat der EuGH die Kündigung einer transidenten Person wegen einer geschlechtsanpassenden Operation als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen. In gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung muss daher auch für den Anwendungsbereich der österreichischen Gleichbehandlungsgesetze gelten, dass Diskriminierungen transidenter Personen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts darstellen. Das bedeutet, dass Transpersonen einerseits vor Diskriminierungen in der Arbeitswelt, andererseits vor Ungleichbehandlungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen geschützt sind. Das Schutzniveau ist hier höher, als es bei einer Subsumtion unter das Merkmal „sexuelle Ausrichtung“ der Fall wäre, hier schützen die Gleichbehandlungsgesetze nur vor Diskriminierungen in der Arbeitswelt. Verboten sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen, sexuelle Belästigung und Belästigungen. Der Diskriminierungsschutz ist dabei nicht an einen Wechsel des juristischen Geschlechts – also an eine Änderung des Geschlechtseintrags – gebunden und mE auch nicht an eine bereits erfolgte oder beabsichtigte geschlechtsanpassende Operation, da eine derartig restriktive Auslegung dem Ziel der Gleichbehandlungsrichtlinien, zuwiderlaufen würde.

Der zweite Grund, Benachteiligungen von transidenten Personen als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu werten, liegt in der Tatsache, dass Ungleichbehandlungen von Transpersonen meist, wenn nicht immer, ihre Ursache darin haben, dass Transpersonen jenen Annahmen widersprechen, die unser Alltagswissen über das Geschlecht prägen. Nämlich der Annahme, dass jeder Mensch zeit seines Lebens aus körperlichen Gründen entweder weiblich oder männlich ist. Diese Vorstellungen der Konstanz, Dichotomizität und Naturhaftigkeit werden durch Transidente in Frage gestellt und lassen die angebliche Natürlichkeit und Selbstverständlichkeit der zweigeschlechtlichen Ordnung brüchig erscheinen. Die dadurch ausgelösten Beunruhigungen geben nicht nur Anlass für Diskriminierung, sie beeinflussen auch die staatlichen Regelungen für eine Anerkennung des gewählten Geschlechts. 2006 hat der Verfassungsgerichtshof den Transsexuellen Erlass aus dem Jahr 1997 mit der Begründung aufgehoben, es handle sich inhaltlich um eine Rechtsverordnung, da der Erlass festlegte, unter welchen Bedingungen der Geschlechtseintrag einer Person im Geburtenbuch zu ändern war. Als Rechtsverordnung wäre der Erlass jedoch im Bundesgesetzblatt kundzumachen gewesen, die fehlende Kundmachung belastete den Erlass mit Rechtswidrigkeit und führte somit zu seiner Aufhebung. Darüber hinaus entbehrte nach Ansicht des VfGH auch Punkt 2.4 des Erlasses aus 1997, wonach ein Randvermerk über die Änderung des Geschlechts im Geburtenbuch nach geschlechtsanpassenden Maßnahmen nur eingetragen werden durfte, wenn der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht verheiratet war, der gesetzlichen Grundlage. Die Aufhebung des Erlasses durch den VfGH hat allerdings nicht zu einem Aktivwerden des österreichischen Gesetzgebers geführt, sondern lediglich dazu, dass seitens des Bundesministeriums für Inneres am 12.1.2007 ein neuer Erlass zur Vorgangsweise nach Durchführung einer geschlechtsanpassenden Operation ergangen ist. Dieser setzt für eine Änderung des Geschlechtseintrags – wie eingangs bereits erwähnt – ein psychotherapeutisches Gutachten sowie den Befund der geschlechtsanpassenden Operation voraus. Weniger bekannt sein dürfte die Tatsache, dass diese Erfordernisse durch eine Verwaltungsvorschrift vom 6.2.2009 – elf Tage, bevor der österreichische Verwaltungsgerichtshof entschieden hat, dass die Änderung des Geschlechtseintrags mangels gesetzlicher Regelungen auch ohne schwerwiegende, insbesondere genitalkorrigierende Eingriffe zulässig ist – dahingehend präzisiert wurden, dass bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen eine Emaskulinisation, bestehend aus Entfernung des Penis und der Hoden sowie Bildung einer Neovagina und Neoklitoris, bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen die Entfernung der Gebärmutter, der Eierstöcke und der weiblichen Brust zu verlangen sei. An diese Erlässe bleiben die Personenstandsbehörden ungeachtet des Erkenntnisses des VfGH weiterhin

gebunden. Sie dürften die Befolgung der in den Erlässen zum Ausdruck kommenden Weisungen nur ablehnen, wenn diese von einem unzuständigen Organ ergangen sind oder die Befolgung der Weisungen gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Beides ist hier nicht der Fall. In der Praxis bedeutet das, dass die Behörden Anträge auf Änderung des Geschlechtseintrags abzuweisen haben, soweit kein Befund über die genannten geschlechtsanpassenden Operationen vorliegt, die Betroffenen können dann nur im Wege einer Bescheidbeschwerde die Aufhebung des Bescheids beim VwGH erwirken.

Anmerkung: Das neueste Erkenntnis des VfGH vom 3.12.2009 betreffend Personenstandsänderung ist erst nach dem Vortrag ergangen und wurde daher nicht berücksichtigt.