



# Trans- und intersexuellen Menschen

Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks



Europe Direct soll Ihnen helfen, Antworten auf  
Ihre Fragen zur Europäischen Union zu finden  
Gebührenfreie Telefonnummer (\*):

**00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Einige Mobilfunkanbieter ermöglichen keinen Zugang zu 00 800-Nummern oder können für diese Anrufe Gebühren berechnen.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind im Internet verfügbar.

Zugänglich sind diese über den Server Europa (<http://europa.eu>).

Bibliografische Daten befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2011

ISBN 978-92-79-22963-3

doi:10.2838/55939

© Europäische Gemeinschaften, 2011

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

Printed in Luxembourg

GEDRUCKT AUF CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER

# Trans- und intersexuellen Menschen

Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen  
aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und  
des Geschlechtsausdrucks

Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung

Silvan Agius & Christa Tobler

Unter der Leitung von: Migration Policy Group

**Europäische Kommission**

Generaldirektion Justiz

Manuskript abgeschlossen am 29. Juni 2011

Dieser Bericht wurde für die Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission zu eigenen Zwecken erstellt und von ihr finanziert. Er gibt nicht unbedingt die offizielle Haltung der Europäischen Kommission wieder.

Der Text dieses Berichts wurde von Silvan Agius und Christa Tobler verfasst und von Migration Policy Group im Auftrag des Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung (aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Behinderung, Religion oder Weltanschauung und sexueller Orientierung) betreut. Die Leitung oblag:

**Human European Consultancy**

Maliestraat 7  
3581 SH Utrecht  
NIEDERLANDE  
Tel +31 30 634 1422  
Fax +31 30 635 2139  
office@humanconsultancy.com  
www.humanconsultancy.com

**The Migration Policy Group**

Rue Belliard 205, Box 1  
1040 Brussels  
BELGIEN  
Tel +32 2 230 5930  
Fax +32 2 280 0925  
info@migpolgroup.com  
www.migpolgroup.com

Diese Veröffentlichung wird im Rahmen des Programms für Beschäftigung und soziale Solidarität der EU (Progress 2007-2013) gefördert. Dieses Programm wird von der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission umgesetzt. Mit dem Programm soll die Verwirklichung der Ziele der Europäischen Union im Bereich Beschäftigung und Soziales gemäß der Sozialagenda finanziell unterstützt werden. Es trägt somit zum Erreichen der Vorgaben der Lissabon-Strategie in diesen Bereichen bei.

Weitere Informationen finden Sie auf: <http://ec.europa.eu/progress>

Weitere Informationen zu Veröffentlichungen des Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich Nichtdiskriminierung finden Sie auf: [http://ec.europa.eu/justice/discrimination/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/document/index_en.htm)

© Fotografie und Gestaltung: Ruben Timman <http://www.nowords.nl>

Für die Verwendung oder Vervielfältigung von Fotos, die nicht dem Copyright der Europäischen Union unterstehen, muss die Genehmigung der/des Copyright-Inhaber(s) eingeholt werden.

Korrekturlesen der Terminologie zu trans- und intersexuellen Menschen von Sandra-Isabell Trautner [sandra.paradise@googlemail.com](mailto:sandra.paradise@googlemail.com)

# Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung</b>	<b>5</b>	<b>IV. Rechtssystematische Analyse der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks</b>	<b>63</b>
<b>Einleitung</b>	<b>9</b>	1. Diskriminierung	64
<b>I. Trans- und intersexuelle Menschen und Diskriminierung: Definitionen und sachliche Perspektive</b>	<b>13</b>	1.1. Diskriminierungsgründe und allgemeine Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	64
1. Definitionen	14	1.2. Bestimmung des einschlägigen Diskriminierungsmerkmals	65
2. Durch das binäre Geschlechtsmodell und durch Geschlechtsstereotypen verursachte Schwierigkeiten	15	1.3. Diskriminierung durch Assoziation	66
3. Medikalisierung von Transidentitäten und intersexuellen Körpern	17	1.4. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	67
3.1. Geschlechtsangleichung	17	1.5. (Sexuelle) Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung	70
3.2. Pathologisierung von Transidentitäten als psychische und als Verhaltensstörungen	18	2. Rechtfertigung	71
3.3. Pathologisierung intersexueller Körper als an einer Störung der Geschlechtsentwicklung leidend	19	3. Positive Maßnahmen	71
4. Geschlechtsmarker und Gesetze, die zur Verwurzelung des binären Geschlechtsmodells beitragen	20	4. Beweis	72
5. Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung und anderen Lebensbereichen	23	4.1. Beweislast	72
6. Belästigung, Gewalt und Hassverbrechen	23	4.2. Statistischer Beweis	73
<b>II. Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck in internationalen Menschenrechtsgesetzen</b>	<b>27</b>	5. Rechtsmittel und Sanktionen	73
1. Internationale Menschenrechtsvorschriften der Vereinten Nationen (UN)	28	6. Mehrfachdiskriminierung	74
1.1. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)	28	<b>V. Beispiele einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Rechtsprechung zur Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks</b>	<b>77</b>
1.2. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	28	1. Bewährte Verfahren bei der Gleichbehandlungsgesetzgebung und Rechtsprechung	78
2. Regionale Rechtsakte des Europarates (ER) auf dem Gebiet der Menschenrechte	29	1.1. Rechtliche Abdeckung von Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck	78
2.1. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)	29	1.2. Die Geschlechtsidentität und den Geschlechtsausdruck abdeckende nationale Gleichbehandlungsstellen	79
2.2. Rechtsprechung des EGMR zu den Menschenrechten transsexueller Menschen	30	1.3. Besonderer Schutz vor Diskriminierung während der Geschlechtsangleichung	80
2.2.1. Anerkennung des Geschlechts postoperativer Transsexueller	30	1.4. Rechtsprechung und Entscheidungen in Ländern, in denen das nationale Recht nicht direkt auf die Geschlechtsidentität und/oder den Geschlechtsausdruck verweist	81
2.2.2. Recht, entsprechend dem erworbenen Geschlecht eine Ehe einzugehen	31	2. Änderung des Namens und rechtliche Anerkennung des Geschlechts	82
2.2.3. Recht auf ein faires und angemessenes Verfahren in Bezug auf die Geschlechtsangleichung	31	2.1. Rechtsprechung zur Änderung des Namens und zur rechtlichen Anerkennung des Geschlechts ohne das Erfordernis einer Geschlechtsangleichung	82
2.2.4. Recht auf eine Rente entsprechend dem erworbenen Geschlecht	32	2.2. Gesetzgebung zur Namensänderung und rechtlichen Anerkennung des Geschlechts unter Achtung der Menschenrechtsprinzipien	82
2.2.5. Das Recht transsexueller Menschen auf klare Geschlechtsangleichungsverfahren	32	3. Schutz vor Hassverbrechen	83
2.3. Empfehlungen des Europarates zu den Rechten von LGBT	32	4. Streichung von Transidentitäten aus der innerstaatlichen Klassifikation von Krankheiten	84
2.4. Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt	33	<b>VI. Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks im zukünftigen EU-Recht</b>	<b>87</b>
<b>III. Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks im geltenden EU-Recht</b>	<b>35</b>	1. Eine formelle Vertragsänderung für die Einfügung neuer Diskriminierungsgründe	88
1. Keine ausdrückliche Gesetzgebung zur Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks	36	2. Eine weiter gefasste Auslegung des bereits geltenden Rechts	89
2. Rechtsprechung des EuGH zur Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung	37	3. Auf der Ebene des nationalen Rechts: ausgiebige Nutzung der im EU-Recht vorgesehenen Flexibilität	91
2.1. Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	37	<b>VII. Diskriminierung von intersexuellen Menschen</b>	<b>93</b>
2.2. Der konzeptionelle Ansatz des Gerichtshofs	41	1. Rechtliche Abdeckung intersexueller Menschen durch die Antidiskriminierungsgesetzgebung	94
2.3. Wahl der passenden Vergleichsperson	43	1.1. Abdeckung intersexueller Menschen durch die nationale Antidiskriminierungsgesetzgebung	94
2.3.1. Der in P. gegen S. gemachte Vergleich – eine heftig diskutierte Frage	43	1.2. Ausdrücklicher Verweis auf intersexuelle Menschen in der nationalen Gesetzgebung	95
2.3.2. Der Vergleich in K.B. und in Richards und der seitdem anzuwendende Test	47	2. Rechtsprechung zur rechtlichen Anerkennung von intersexuellen Menschen und zu ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit	95
3. Mögliche zukünftige Entwicklungen der Rechtsprechung des EuGH: Wechsel zu anderen Aspekten der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks?	49	2.1. Alternative Geschlechtsklassifizierung in Personenstandsurkunden	96
4. Anwendung bestehenden EuGH-Fallrechts in den EU-Mitgliedstaaten	50	2.2. Recht auf körperliche Unversehrtheit	96
4.1. Abdeckung der Geschlechtsangleichung durch die EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung der Geschlechter	50	3. Behandlung der Diskriminierung von intersexuellen Menschen im zukünftigen Recht	97
4.2. Abdeckung der Geschlechtsangleichung in nationalen Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung der Geschlechter	51	<b>Fazit</b>	<b>99</b>
5. Mögliche zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH: generellere Ausweitung der Diskriminierung von Transsexuellen oder auf andere Transmenschen?	57	<b>Glossar der Schlüsselbegriffe</b>	<b>100</b>
		<b>Liste der Rechtssachen</b>	<b>103</b>
		<b>Nationale Rechtsprechung</b>	<b>105</b>
		<b>Akronyme &amp; Abkürzungen</b>	<b>108</b>
		<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>109</b>

Christina | 1988

# Zusammenfassung

Im großen Bereich der Diskriminierung ist die Diskriminierung von intersexuellen Menschen aufgrund der Geschlechtsidentität, des Geschlechtsausdrucks und des Geschlechts ein besonders vielschichtiges Problem. Das liegt daran, dass die rechtliche Anerkennung dieser Gruppe und die ihr zugestandenen Rechte häufig an bestimmte medizinische und psychologische Bedingungen geknüpft sind. Während sich der größte Teil des Berichts mit der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks befasst, hat ein kurzes Kapitel die spezifische Diskriminierung zum Thema, der intersexuelle Menschen ausgesetzt sind.

Am Anfang des Berichts wird die Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks beschrieben und auf die Herausforderungen, denen transsexuelle Menschen in ihrem Leben gegenüberstehen, und deren Bedürfnisse eingegangen. Des Weiteren erfolgt in diesem Teil eine Klärung der im Zusammenhang mit der Diskriminierung Transsexueller benutzten Begriffsbestimmungen und der Begriffe, die von der Gemeinschaft selbst verwendet werden, um ihre Diversität zu verdeutlichen. Im Anhang zu diesem Bericht findet sich ein Glossar mit den wichtigsten Begriffen. Der Bericht zeigt, dass die negative Einstellung gegenüber trans- und intersexuellen Menschen häufig direkt mit der Bedeutung korreliert, die die Gesellschaft dem binären Geschlechtsmodell beimisst, sowie mit dem Maß an in dieser Gesellschaft bestehenden Geschlechtsstereotypen, an Sexismus und an Ungleichbehandlung der Geschlechter.

In Europa und in anderen Teilen der Welt zeigt sich das an den verschiedenen gesetzlichen Anforderungen, die trans- und intersexuelle Menschen erfüllen müssen, damit sie einem der beiden möglichen Geschlechter zugeordnet werden können. In dem Bericht werden die Medikalisierung und Pathologisierung von Transidentitäten und intersexuellen Körpern detailliert untersucht. Der Bericht gibt einen Überblick über die aktuelle Situation und die Diskrepanz zwischen den strengen rechtlichen Anforderungen und den Bedürfnissen transsexueller und intersexueller Menschen im Bereich der Gesundheitsfürsorge und ihrer Möglichkeiten, über das Ausmaß der Behandlungen, denen sie sich unterziehen (wenn überhaupt), selbst zu entscheiden. Hieran schließt sich ein kurzer Überblick an über die Diskriminierung, der transsexuelle Personen beim Zugang zur Beschäftigung und in anderen Bereichen des Lebens ausgesetzt sind, sowie über das Ausmaß an Belästigungen, Gewalt und Hassverbrechen, denen sie sowohl im häuslichen als auch im öffentlichen Bereich zum Opfer fallen.

In einem kurzen Abschnitt über die internationalen Menschenrechtsbestimmungen untersucht der Bericht die rechtliche Würdigung der Diskriminierung Transsexueller außerhalb des EU-Rechts, und zwar insbesondere nach dem Recht der Vereinten Nationen, nach der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates sowie in der entsprechenden Rechtsprechung. Der Bericht zeigt, dass es im internationalen Recht zwar nur wenige direkte Verweise auf die Geschlechtsidentität gibt, ein wachsender Korpus an Beschlüssen und Empfehlungen jedoch auf eine zunehmende Sensibilisierung der Institutionen für die Bedeutung der Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität hinweist.

Der Hauptteil des Berichts befasst sich mit den EU-Gesetzen zur Diskriminierung Transsexueller. Das derzeitige Antidiskriminierungsrecht der EU enthält kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks einer Person. So berechtigt Artikel 19 AEUV, der im EU-Vertrag die allgemeinste rechtliche Grundlage für die Bekämpfung der Diskriminierung darstellt, die EU lediglich dazu, Maßnahmen zur Bekämpfung von „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ zu ergreifen, wobei das Thema der Transsexualität überhaupt nicht angesprochen wird. Auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union findet sich kein Verbot der Diskriminierung transsexueller Menschen.



Das heißt jedoch nicht, dass es hierzu derzeit kein anwendbares EU-Recht gibt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann die Diskriminierung transsexueller Menschen einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts gleichkommen, wenn Personen betroffen sind, die beabsichtigen, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, sich gerade einer solchen unterziehen oder bereits unterzogen haben. Der Bericht beschreibt und analysiert dieses Fallrecht und seine Anwendung in den EU-Mitgliedstaaten. Er diskutiert auch die Probleme, die die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verursacht.

Aus konzeptioneller Sicht liegt die größte Schwierigkeit in der Begründung des Gerichtshofs, genauer gesagt im Vergleich, auf den das Gericht seine Analyse der Diskriminierung stützt, d. h. in der Wahl der Vergleichsperson, die den Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen lässt, dass eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts vorliegt. Zuerst schien der Gerichtshof die eine Diskriminierung geltend machende transsexuelle Person, welche sich der Geschlechtsangleichung bereits unterzogen hatte, mit einer Person des anderen Geschlechts zu vergleichen, bei der keine Geschlechtsangleichung vorgenommen worden war (tatsächlich schien die eigentliche Vergleichsperson die Klägerin selbst vor der Geschlechtsangleichung zu sein). Später bewegte sich der Gerichtshof jedoch in eine andere Richtung, die es schwierig macht zu verstehen, warum eine Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung mit Hilfe der Vorschriften über die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend gemacht werden sollte. Dabei verglich das Gericht die Behandlung heterosexueller Paare, bei denen die Identität keines der beiden Partner das Ergebnis einer operativen Geschlechtsangleichung ist, mit der Behandlung von Paaren, bei denen die Identität des einen Partners dazu geführt hat, dass eine Geschlechtsangleichung geplant ist, durchgeführt wird oder durchgeführt wurde. In einem anderen Fall hat der Gerichtshof schließlich festgestellt, dass bei der Analyse von Fällen von Diskriminierung transsexueller Menschen aufgrund der Geschlechtsangleichung, der sie sich unterzogen haben, nicht ein Vergleich zwischen Männern und Frauen herangezogen werden darf, sondern stattdessen ein Vergleich zwischen dem post-operativen Transsexuellen (z. B. Frau-zu-Mann-Transsexueller) und einer Person desselben Geschlechts (d. h. Frau), deren Geschlecht nicht das Ergebnis einer operativen Geschlechtsangleichung ist. In all diesen Fällen ist auch unklar, was zu einer Geschlechtsangleichung gehört, und in keinem Fall wird auf den operativen Status der Kläger - oder im Fall K.B. des Partners des Klägers - eingegangen.

Vom Grundsatz her ist schwer einzusehen, warum solche Fälle Diskriminierungsfälle aus Gründen des Geschlechts sein sollen. Sie in die Kategorie der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einzureihen, ist derzeit aber der einzige gangbare Weg, um nach EU-Recht Schutz vor Diskriminierung wegen einer Geschlechtsangleichung zu erlangen. Selbst dann bleibt die Tatsache bestehen, dass sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Problemen Transsexueller bislang ausschließlich mit den diskriminierenden Folgen einer Geschlechtsangleichung befasst. Das ist aber nur ein besonderer Aspekt des breiten Spektrums an Diskriminierungen transsexueller Menschen. Der Bericht setzt sich folglich dafür ein, dass der Gerichtshof die bestehenden Diskriminierungsgründe auf pragmatische Weise auslegt und sie so weit fasst wie nur irgend möglich, damit die Union ihrer Verpflichtung zur Achtung der Menschenwürde und der Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören (Artikel 2 EUV), nachkommen kann.

Nach der Beschreibung und Analyse der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtsangleichung werden in dem Bericht verschiedene Probleme der rechtlichen Analyse von Fällen der Diskriminierung Transsexueller vor dem Hintergrund grundlegender Rechtsbegriffe des EU-Rechts diskutiert. Zum allgemeinen Verständnis sollte daran erinnert werden, dass das EU-Recht nicht nur ausdrückliche Anti-Diskriminierungsbestimmungen enthält, sondern auch allgemeine Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsätze, die ebenfalls eine Rolle in Fällen der Diskriminierung transsexueller Menschen spielen können. Im konkreten Fall einer mutmaßlichen Diskriminierung müssen zuerst die Tatsachen analysiert werden, um den einschlägigen Diskriminierungsgrund zu bestimmen. In dem Bericht wird gezeigt, dass das manchmal nicht ganz so einfach ist, wie man annehmen könnte. Außerdem ist zu fragen, ob das Konzept der Diskriminierung durch Assoziation auf bestimmte Fälle der Diskriminierung transsexueller Menschen anwendbar sein könnte. In dem Bericht wird argumentiert, dass dieses Konzept die Position der Kläger in Fällen der Diskriminierung von Transsexuellen tatsächlich zusätzlich stärken könnte.



Die verschiedenen Formen der Diskriminierung, die in den modernen Anti-Diskriminierungsgesetzen der EU anerkannt werden, d. h. unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, Belästigung und Aufforderung zur Diskriminierung, sind im Zusammenhang mit Fällen von Diskriminierung transsexueller Menschen ebenfalls von Bedeutung. Die bislang vom Gerichtshof entschiedenen Fälle müssen als unmittelbare Diskriminierungsfälle angesehen werden. Zu den anderen beiden Konzepten (Belästigung und Aufforderung zur Diskriminierung) gibt es im Zusammenhang mit der Diskriminierung transsexueller Menschen noch keine Rechtsprechung. Weitere Rechtskonzepte, die in Fällen der Diskriminierung Transsexueller eine wichtige Rolle spielen können, für die es jedoch noch keine spezifische Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gibt, betreffen die Rechtfertigung, positive Maßnahmen, die Beweislast sowie Rechtsmittel und Sanktionen. Wie auch in anderen Kontexten können Fälle der Mehrfachdiskriminierung besondere Schwierigkeiten verursachen.

Ein Teil des Berichts zeigt Beispiele nationaler Rechtsvorschriften und Rechtsprechung zum Thema Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks. In diesem Zusammenhang muss man sich vor Augen halten, dass die Anti-Diskriminierungsgesetze der EU nur Mindestnormen sind, welche die Mitgliedstaaten nicht davon abhalten, den Schutz vor Diskriminierung auf eine breitere Basis zu stellen oder - allgemeiner ausgedrückt – die Opfer von Diskriminierungen noch besser zu schützen. Wie die Diskussion der bewährten Verfahren in diesem Bericht zeigt, gibt es vielversprechende Ansätze in den Rechtsvorschriften einiger Mitgliedstaaten, die für die anderen als Modell dienen können und sollten.

Schließlich befasst sich ein weiterer Teil des Berichts mit der Diskriminierung intersexueller Personen, einer besonders komplexen Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Operationen an intersexuellen Personen sind nicht dasselbe wie eine Geschlechtsangleichung. Sie finden häufig bereits in jungen Jahren statt, bevor die betroffene Person an der Entscheidungsfindung beteiligt werden kann. Aus diesem Grund bestehen die wichtigsten Interessengruppen häufig aus den Eltern intersexueller Kinder, die nicht möchten, dass ihre Kinder in irgendeiner Form mit Geschlechtsambiguität in Verbindung gebracht werden. Viele intersexuelle Erwachsene sind jedoch erzürnt darüber, dass sie als kleine Kinder ohne ihre Einwilligung operiert wurden. Gleichzeitig wünschen sie wegen der möglicherweise schwerwiegenden Auswirkungen auf das sexuelle Vergnügen nicht unbedingt einen Wiederaufbau der Genitalien. Dieser Teil des Berichts ist genauso aufgebaut wie die Abschnitte zur Geschlechtsidentität und zum Geschlechtsausdruck und untersucht den aktuellen rechtlichen Schutz intersexueller Menschen auf Ebene der EU und der Mitgliedstaaten, die einschlägige Rechtsprechung und nicht zuletzt die Diskussion, die in jüngster Zeit in einigen Mitgliedstaaten darüber geführt wird, wie die Menschenrechte intersexueller Menschen am besten geachtet werden können.

Lizzie | 1993

# Einleitung

Die europäischen Gesellschaften basieren auf Normen, die von der grob vereinfachenden Idee der Dichotomie zweier sich gegenseitig ausschließender und biologisch definierter Geschlechter ausgehen, denen traditionell verschiedene Rollen und Verhaltensweisen zugeschrieben werden (das binäre Geschlechtsmodell). Menschen wie transsexuelle und intersexuelle Personen, die nicht genau in diese Normen passen, sind sowohl auf der praktischen Ebene des Alltagslebens als auch auf rechtlicher Ebene mit Schwierigkeiten konfrontiert. Das kann in einer Rechtsunion wie der Europäischen Union selbstverständlich nicht akzeptiert werden, deren Gründungsvertrag sich gemäß Artikel 2 EUV auf die Achtung der Menschenwürde und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, gründet.

Am 1. September 2010 fand auf Ebene der EU-Institutionen die erste Konferenz zur Situation von Transgender-Personen in der Europäischen Union im Gebäude des Europäischen Parlaments in Brüssel statt. Der Konferenz „(Trans)Gender Equality?“ ging ein interner Bericht der Dienststellen des Europäischen Parlaments zu den Rechten von Transgender-Personen in der EU<sup>1</sup> voraus sowie ein Bericht des Parlaments,<sup>2</sup> in dem konkretere Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität gefordert wurden. Das Europäische Parlament hat tatsächlich bereits im Jahr 1989 eine Entschließung zur Diskriminierung von Transsexuellen angenommen.<sup>3</sup> Das zeigt, dass das Europäische Parlament in der Europäischen Union schon lange seine Stimme für die Belange Transsexueller erhoben hat, insbesondere durch die Interfraktionelle Arbeitsgruppe zu den Rechten von Lesben, Homosexuellen, Bisexuellen und Transgender-Personen (LGBT). Im Bereich Homophobie und Transphobie hat die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) wertvolle Arbeit geleistet.<sup>4</sup>

Mit dem vorliegenden Bericht möchte das Europäische Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung einen Beitrag zu den Anstrengungen der Europäischen Kommission im Kampf gegen die Nachteile leisten, die trans- und intersexuelle Personen haben. Der Bericht untersucht die rechtliche Behandlung der Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen aus Gründen des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks, insbesondere im EU-Recht, vor dem Hintergrund der schwierigen Lage, in der sich diese Menschen in unseren Gesellschaften befinden. Der Ausgangspunkt für diesbezügliche Überlegungen ist - um einen Punkt des Generalanwalts Elmer aufzugreifen - die Notwendigkeit der Anpassung des EU-Antidiskriminierungsrechts an die Gesellschaft<sup>5</sup>, und zwar dergestalt, dass der Antidiskriminierungsgrundsatz für die Rechtssachen herangezogen wird, die in der heutigen Gesellschaft vor den Gerichten anhängig gemacht werden.<sup>6</sup> Sofern es sich anbietet, baut der Bericht auf den bisherigen Arbeiten auf, insbesondere auf Arbeiten des europäischen Regionalverbands des Internationalen Verbands der Lesben-, Schwulen-, Bisexuellen, Trans- und

<sup>1</sup> EP-Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (2010), Transgender Persons' Rights in the EU Member States, Brüssel: Europäisches Parlament.

<sup>2</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. Juni 2010 zur Bewertung der Ergebnisse des Fahrplans zur Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010 und Empfehlungen für die Zukunft, P7\_TA(2010)0232.

<sup>3</sup> Entschließung zur Diskriminierung von Transsexuellen, ABl. C 256/33, 1989.

<sup>4</sup> Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2008), Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten: Teil 1 - Rechtliche Analyse, Luxemburg, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, (2009); Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten: Teil II - Die soziale Lage, S. 123-138, (2010); Homophobie, Transphobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität, Aktualisierung 2010: Vergleichende rechtliche Analyse.

<sup>5</sup> EuGH, Rechtssache C-13/94, *P gegen S und Cornwall County Council*, Slg. 1996, I-2143, Randnr. 9, nach Ansicht des Generalanwalts (im Zusammenhang mit Geschlechtsangleichung).

<sup>6</sup> EuGH, Rechtssache C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant gegen South-West Trains Ltd.*, Slg. 1998, I-621, Randnr. 15, nach Ansicht des Generalanwalts (im Zusammenhang mit sexueller Ausrichtung).

Intersexorganisationen (ILGA-Europe),<sup>7</sup> von Transgender Europe (TGEU) und der bereits genannten Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA).

<sup>7</sup> Stephen Whittle, Lewis Turner, Ryan Combs & Stephenne Rhodes (2008), Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care, Brüssel: ILGA-Europe; Stefano Fabeni & Silvan Agius (2009), Transgender People and the Gender Recast Directive: Implementation Guidelines, Brüssel: ILGA-Europe; Declaration of the Trans Rights Conference (28 October 2009), verfügbar unter: [http://www.ilga-europe.org/home/issues/transgender/declaration\\_of\\_the\\_trans\\_rights\\_conference](http://www.ilga-europe.org/home/issues/transgender/declaration_of_the_trans_rights_conference).



Christopher | 1985

# I. Trans- und intersexuelle Menschen und Diskriminierung: Definitionen und sachliche Perspektive



## 1. Definitionen

Der Begriff *trans* schließt alle Personen ein, deren Geschlechtsidentität und/oder Geschlechtsausdruck sich von dem Geschlecht unterscheiden, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Der Begriff *trans* ist ein Sammelbegriff, der unter anderem Männer und Frauen mit einer transsexuellen Vergangenheit einschließt, sowie Menschen, die sich als Transsexuelle, Transgender, Transvestiten/Cross-Dresser, androgyn, polygender, genderqueer, agender oder geschlechtsvariant bezeichnen und Menschen, die eine andere Geschlechtsidentität oder einen anderen Geschlechtsausdruck haben, die nicht dem Standard „männlich“ oder „weiblich“ entsprechen und die ihr Geschlecht durch ihre Kleiderwahl, die Präsentation ihres Körpers oder durch Körpermodifikationen darstellen. Dazu gehört auch, dass sie sich zahlreichen Operationen unterziehen.

*Transsexuelle Menschen* identifizieren sich mit der Geschlechterrolle des Geschlechts, das dem entgegengesetzt ist, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde, und versuchen, dauerhaft in der bevorzugten Geschlechtsrolle zu leben. Das geht häufig mit einer heftigen Ablehnung ihrer primären und sekundären Geschlechtsmerkmale einher und dem Wunsch, den Körper dem bevorzugten Geschlecht anzupassen. Transsexuelle Menschen beabsichtigen möglicherweise, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, unterziehen sich gerade einer solchen oder haben sich ihr bereits unterzogen (das kann, muss aber nicht eine Hormontherapie oder operative Verfahren beinhalten).

*Männer und Frauen mit einer transsexuellen Vergangenheit* identifizieren sich vollständig mit dem erworbenen Geschlecht und versuchen, in diesem Geschlecht anerkannt zu werden, ohne dass auf ihr früheres Geschlecht und/oder den Umwandlungsprozess Bezug genommen wird, den sie unternommen haben, um ihr biologisches Geschlecht ihrem sozialen Geschlecht anzupassen.

*Transgender\** leben dauerhaft in ihrem bevorzugten Geschlecht. Im Gegensatz zu transsexuellen Menschen haben sie aber nicht unbedingt den Wunsch oder das Bedürfnis, sich medizinischen Eingriffen zu unterziehen.

*Transvestiten/Cross-Dresser* genießen es, für eine bestimmte Zeit die Kleider des anderen Geschlechts zu tragen. Ihr Gefühl der Identifizierung mit dem anderen Geschlecht kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Die Ausprägung kann zwischen sehr stark (eigentliches Geschlecht) und so schwach variieren, dass die Identität nur geringfügig beeinflusst wird. Einige Transvestiten oder Cross-Dresser suchen möglicherweise medizinische Hilfe für die Angleichung und leben irgendwann in ihrem Leben dauerhaft in ihrem bevorzugten Geschlecht. Andere tragen weiterhin für den Rest ihres Lebens manchmal die Kleider des anderen Geschlechts.

Die Begriffe *androgyn*, *polygender* und *genderqueer* sind in ihrer Definition sehr ähnlich und beziehen sich auf Menschen, die eine Kombination maskuliner und femininer Merkmale aufweisen und die nicht auf ein Geschlecht festgelegt sind, sondern sich zwischen den Geschlechtern bewegen und bei denen die Grenzen der Geschlechtsidentität, des Geschlechtsausdrucks und der sexuellen Ausrichtung verwischt sind.

*Agender* haben keine Geschlechtsidentität und wollen weder als männlich, weiblich noch auf eine andere Weise klassifiziert werden.

*Geschlechtsvariant* bezieht sich auf jeden Menschen, dessen normative Geschlechtsidentität und Geschlechtsrolle von dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht abweichen.

<sup>8</sup> Bis vor kurzem war das auch der erste Sammelbegriff, der sich auf alle Transmenschen bezog. Inzwischen wird aber der Begriff „*trans*“ bevorzugt. Er wird als Begriff wahrgenommen, der eher alle Trans-Gemeinschaften umfasst.

*Intersexuelle Menschen* unterscheiden sich von transsexuellen Menschen, da sich ihr Status nicht auf das soziale Geschlecht bezieht, sondern auf ihr biologisches Geschlecht (genetische, hormonelle und physische Merkmale), das weder ausschließlich männlich noch ausschließlich weiblich ist, sondern gleichzeitig typisch für beide Geschlechter oder nicht klar als eines von beiden definiert ist. Diese Merkmale können sich in den sekundären Geschlechtsmerkmalen zeigen wie Muskelmasse, Haarverteilung, Brüste und Statur, in den primären Geschlechtsorganen wie den Fortpflanzungsorganen und Genitalien und/oder in den chromosomalen Strukturen und den Hormonen. Der Begriff intersexuell hat den Begriff „Hermaphrodit“ ersetzt, der im 18. und 19. Jahrhundert unter Ärzten sehr verbreitet war.

In diesem Bericht wird ein deutlicher Unterschied zwischen biologischem und sozialem Geschlecht gemacht. Das biologische Geschlecht bezieht sich auf die biologischen Parameter wie primäre und sekundäre Geschlechtsorgane, Gene und Hormone, während sich das soziale Geschlecht auf die innere Wahrnehmung des Menschen und auf seine Erfahrungen von Männlichkeit und Weiblichkeit bezieht und auf das soziale Konstrukt, das bestimmte Verhaltensweisen männlichen und weiblichen Rollen zuweist. Diese Zuweisungen ändern sich im Laufe der Geschichte und variieren zwischen den einzelnen Gesellschaften, Kulturen und Klassen. Das soziale Geschlecht ist folglich eng verbunden mit den Erwartungen der Gesellschaft und ist keine rein biologische Angelegenheit. Dieser Unterschied verschwimmt, wenn die rechtliche Bedeutung von „aufgrund des Geschlechts“ diskutiert wird, in erster Linie deshalb, weil der Begriff „Geschlecht“ so weit ausgelegt wurde, dass es auch Aspekte des sozialen Geschlechts betrifft. So hat „[d]er Gerichtshof [...] festgestellt, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des natürlichen Geschlechts einer Person beschränkt werden kann“ (Richtlinie 2006/54/EG, Erwägungsgrund 3).

*Geschlechtsidentität* bezieht sich auf die tief empfundene innere und individuelle Erfahrung von Geschlecht. Diese kann, muss aber nicht übereinstimmen mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht, dem persönlichen Körpergefühl (was, wenn es frei gewählt wird, Änderungen der körperlichen Erscheinung oder Funktion durch medizinische, chirurgische oder sonstige Mittel umfassen kann) und anderen Formen, das Geschlecht auszudrücken, wie Kleidung, Sprache und Manierismen.<sup>9</sup>

*Geschlechtsausdruck* bezieht sich auf die Darstellung der Geschlechtsidentität einer Person und auf deren Wahrnehmung durch andere. Typischerweise versuchen Menschen, ihren Geschlechtsausdruck oder ihre Geschlechtsdarstellung ihrer/ihrer Geschlechtsidentität/en anzupassen, unabhängig von dem Geschlecht, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde.

## 2. Durch das binäre Geschlechtsmodell und durch Geschlechtsstereotypen verursachte Schwierigkeiten

Negative Einstellungen gegenüber trans- und intersexuellen Menschen korrelieren häufig direkt mit der Bedeutung, die die Gesellschaft dem binären Geschlechtsmodell beimisst, sowie mit dem Maß an in dieser Gesellschaft bestehenden Geschlechtsstereotypen, an Sexismus und Ungleichbehandlung der Geschlechter. Das binäre Geschlechtsmodell klassifiziert sowohl das biologische als auch das soziale Geschlecht in zwei eindeutige und ausschließliche Formen männlicher und weiblicher Identitäten. Dieses System wird durch ein cisnormatives<sup>10</sup> System aufrechterhalten, das mit Hilfe verschiedener Praktiken und Institutionen diejenigen legitimiert und privilegiert, die sich in dem ihnen bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht wohlfühlen. Darüber hinaus

<sup>9</sup> Wie definiert in *Die Yogyakarta-Prinzipien: Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität* (2006), (kurz: Yogyakarta-Prinzipien).

<sup>10</sup> Die Geschlechtsidentität und der Geschlechtsausdruck von Cisgender-Personen entsprechen dem Geschlecht, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde, sowie den sozialen Erwartungen, die mit ihrem sozialen Geschlecht verbunden sind. Cisgender-Personen gelten als die gesellschaftliche Norm.

Bert | 1925

benachteiligt diese Norm systematisch alle Menschen und grenzt sie aus, deren Geschlecht, Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck nicht den sozialen Erwartungen entsprechen. Das geschieht durch die ausgedehnte Abgrenzung zwischen den beiden Geschlechtern (und den ihnen entsprechenden sozialen Geschlechtern), um die Menschen davon abzuhalten, diese Grenzen zu überschreiten oder alternative dritte biologische oder soziale Geschlechter zu etablieren. Geschlechtsstereotypen spielen ebenfalls eine signifikante Rolle bei der Ab- und Ausgrenzung trans- und intersexueller Menschen. Tatsächlich setzen Geschlechtsstereotypen, die eine bestimmte Form von „Männlichkeit“ in Bezug auf Männer und eine bestimmte Form der „Weiblichkeit“ in Bezug auf Frauen bevorzugen, viele trans- und intersexuelle Personen einer institutionalisierten Diskriminierung aus.

Zusätzlich zu den Nachteilen, die mit dem binären System verbunden sind, sind trans- und intersexuelle Menschen der Trans- und der Interphobie ausgesetzt, die auf kulturellen und persönlichen Überzeugungen, Meinungen, Haltungen und Verhaltensweisen basieren, die sich aus Vorurteilen, Abneigung, Angst und/oder Hass vor/ gegenüber trans- und intersexuellen Menschen oder Variationen des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks speisen. Institutionelle Transphobie und Interphobie manifestieren sich in legalen Sanktionen und einer Verwurzelung des binären Geschlechtssystems im Recht, einer Pathologisierung der Transidentitäten und intersexuellen Körper und in fehlenden oder unangemessenen Mechanismen zur Bekämpfung von Gewalt und Diskriminierung. Soziale Trans- und Interphobie äußern sich in Form physischer oder sonstiger Gewalt, in Hassreden, Diskriminierung, Drohungen, Ausgrenzungen, sozialem Ausschluss, Exotisierung, Spott und Beschimpfungen.

### 3. Medikalisierung von Transidentitäten und intersexuellen Körpern

#### 3.1. Geschlechtsangleichung

Eine Hauptsorge vieler transsexueller Menschen dreht sich um ihren Zugang zu angemessenen Leistungen für die Geschlechtsangleichung, einschließlich psychologischer, endokrinologischer und chirurgischer Fachkompetenz. Nicht alle transsexuellen Menschen benötigen alle Aspekte dieser Leistungen und manche benötigen möglicherweise überhaupt keine. Als Ergebnis des oben dargelegten binären Geschlechtsmodells werden jedoch sowohl Transidentitäten als auch intersexuelle Körper medikalisiert und pathologisiert, da sie nicht genau der Norm entsprechen, die von dem binären Modell festgelegt wurde. Trans- und intersexuelle Menschen werden zu Patienten mit wenig Mitspracherecht an ihrer eigenen Identität und ihrem eigenen Körper gemacht und die Behandlungen, die ihnen zur Verfügung gestellt werden, basieren häufig nicht auf ihren persönlichen Bedürfnissen oder Wünschen, sondern auf sozialen und institutionellen Erwartungen. Die angebotenen Behandlungen sind häufig an gesetzliche Bestimmungen geknüpft, wobei bestimmte soziale Rechte nur dann in Anspruch genommen werden können, wenn eine Reihe von gesetzlich festgelegten Verfahren durchlaufen wurde. Das zeigt sich am deutlichsten in der Durchsetzung von bestimmten unnötigen und dennoch zwingend vorgeschriebenen medizinischen Behandlungen und Verfahren (z. B. Sterilisation und die Bedingung einer „vollständigen“ Geschlechtsangleichung sowie im Fall von intersexuellen Menschen das Entfernen bestimmter körperlicher und sexueller Merkmale, die als dem anderen Geschlecht zugehörig wahrgenommen werden), um Zugang zu bestimmten Vorteilen zu erlangen, die fast allen Menschen in der Gesellschaft frei zugänglich sind (z. B. Namensänderung, Ausstellung von Ausweispapieren unter Angabe des richtigen Geschlechts im Fall von transsexuellen Menschen und im Fall von intersexuellen Menschen, Teilnahme an der Gesellschaft als eine Person, die einem der beiden sozial anerkannten Geschlechter angehört).

Viele transsexuelle Menschen durchlaufen einen *Geschlechtsangleichung* genannten Prozess, in dem sie das Geschlecht, in dem sie leben, neu definieren, um so ihre Geschlechtsidentität besser zum Ausdruck zu bringen. Das ist ein Prozess, der möglicherweise medizinische Unterstützung erforderlich macht. Dazu können Hormontherapien und operative Verfahren gehören, denen sich transsexuelle Menschen unterziehen, um ihren Körper ihrem sozialen

Geschlecht anzupassen. Zusammen mit diesem medizinischen Prozess müssen transsexuelle Menschen jedoch auch soziale und rechtliche Anpassungen über sich ergehen lassen, die in einer Gesellschaft, die nicht auf dem binären Geschlechtsmodell basiert, nicht erforderlich wären. Zu diesen Anpassungen gehört das Coming-out in der Familie, bei Freunden und Kollegen; der sogenannte „Alltagstest“, eine Phase, in der sich transsexuelle Menschen entsprechend dem angestrebten Geschlecht kleiden und verhalten, bevor sie offiziell als diesem Geschlecht angehörig anerkannt werden sowie je nach den nationalen Vorschriften die Durchführung sonstiger rechtlicher oder juristischer Verfahren. Die Änderung des Namens und/oder der Geschlechtsangabe auf offiziellen Dokumenten ist häufig erst möglich, wenn die Angleichung irreversibel und „vollständig“ ist. Darüber hinaus variiert die Dauer des Angleichungsprozesses je nach den verfügbaren Behandlungen zur Geschlechtsangleichung und den rechtlichen/administrativen Verfahren und Bedingungen, die diesen Prozess regeln, beträchtlich zwischen den einzelnen Ländern.

Die *Transgender EuroStudy*<sup>11</sup> hat gezeigt, dass selbst die Länder, die eine Geschlechtsangleichung vorsehen, die Behandlung nicht allen transsexuellen Menschen auf eine zugängliche Weise zur Verfügung stellen. 79% aller Befragten gaben an, dass ihnen für die Hormontherapie eine staatliche Unterstützung versagt wurde. 82% sagten, dass ihnen eine Unterstützung für minimale Operationen versagt wurde, die sie benötigten, um in dem bevorzugten Geschlecht leben zu können. 51% von ihnen haben sich entschieden, die Operationen selbst zu bezahlen, obwohl einige von ihnen nur Löhne unter dem jeweiligen nationalen Durchschnitt erhielten. Die Kostendeckung ist jedoch nicht das einzige Problem. Jeder vierte der transsexuellen Menschen gab an, dass ihm die Behandlung verwehrt wurde, da sein Arzt die Geschlechtsangleichung nicht befürwortete. Für viele transsexuelle Menschen hat das schwere Folgen, da der fehlende Zugang zu einer Geschlechtsangleichung zu sozialer Stigmatisierung, einem geringen Selbstwertgefühl und einem höheren Selbstmordrisiko führt.

Viele intersexuelle Menschen brauchen oder möchten sich keiner medizinischen Behandlung unterziehen. Intersexuelle Säuglinge und Kleinkinder werden jedoch herkömmlicherweise kosmetischen Operationen unterzogen, mit denen sichergestellt werden soll, dass das Aussehen ihrer Genitalien und die Keimdrüsen den üblichen Erwartungen für das zugewiesene Geschlecht entsprechen. Dazu gehören tendenziell auch Hormonbehandlungen, die zu einer Anpassung an einen „männlichen“ oder „weiblichen“ Zustand führen sollen.

### 3.2. Pathologisierung von Transidentitäten als psychische und als Verhaltensstörungen

Die Internationale Klassifikation der Krankheiten (ICD) der Weltgesundheitsorganisation (WHO) heißt *Internationale Statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme 10. Revision - Version 2007* – (ICD-10).<sup>12</sup> Im Jahr 1977 hat die WHO Homosexualität in ICD-9 das erste Mal aufgeführt. 1990 wurde Homosexualität mit der Annahme der ICD-10 jedoch wieder gestrichen, da umfangreiche Forschungsarbeiten zeigten, dass die sexuelle Ausrichtung keine Krankheit ist. Der Schwerpunkt scheint sich jedoch auf Transidentitäten als psychische und Verhaltensstörung verschoben zu haben und es wurden neue Klassifikationen in der ICD eingeführt.<sup>13</sup>

Die entsprechenden Verweise auf Transidentitäten in ICD-10 können unter *Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen bei Erwachsenen in Kapitel V: Psychische und Verhaltensstörungen* gefunden werden. Die einschlägigen Diagnosen fallen in zwei Unterabschnitte:

<sup>11</sup> Whittle, Turner, Combs & Rhodes (2008).

<sup>12</sup> Die Klassifikation ist online abrufbar unter <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/>.

<sup>13</sup> ICD-9 Code 302.85.

- i. F64 Störungen der Geschlechtsidentität  
(F64.0 Transsexualismus; F64.1 Transvestitismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen; F64.2 Störung der Geschlechtsidentität im Kindesalter; F64.8 Sonstige Störungen der Geschlechtsidentität und F64.9 Störungen der Geschlechtsidentität, nicht näher bezeichnet)
- ii. F65 Störungen der Sexualpräferenz  
(F65.0 Fetischismus; F65.1 Fetischistischer Transvestitismus; F65.6 Multiple Störungen der Sexualpräferenz)

Ähnlich dem Aufruf im Jahr 1990, Homosexualität aus der Klassifikation zu entfernen, wird der weltweite Ruf nach einer Entpathologisierung der Transidentitäten lauter, während über eine neue Version der ICD (ICD-11) debattiert wird.<sup>14</sup> Im Jahr 2010 hat der Vorstand der World Professional Association for Transgender Health, Inc. (WPATH) „nachdrücklich zur weltweiten Entpsychopathologisierung der Geschlechtsvarianten aufgerufen“, da „eine Psychopathologisierung der Geschlechtscharakteristika und -identitäten Stigmatisierung fördert bzw. verursachen kann und damit Vorurteile und Diskriminierung wahrscheinlicher macht. Das wiederum macht Transgender und Transsexuelle anfälliger, sozial und rechtlich ausgegrenzt und ausgeschlossen zu werden und setzt sie wachsenden Risiken für ihr psychisches und physisches Wohlergehen aus.“<sup>15</sup> ILGA-Europe und Transgender Europe (TGEU) haben in ihrer gemeinsamen Erklärung *Declaration of the Trans Rights Conference (2009)* die WHO dazu aufgerufen „die Menschenrechte transsexueller Menschen zu schützen“, indem Störungen der Geschlechtsidentität (und ähnliche Pathologien) gestrichen werden und eine „alternative, nicht pathologisierende Kategorie in ICD-11“ aufgenommen wird, die Qualitätsstandards für medizinische Behandlungen festlegt. Diese Behandlungen sollten umfassend genug sein, dass transsexuelle Menschen ihr Geschlecht zum Ausdruck bringen können.“<sup>16</sup>

Die American Psychological Association (APA) überarbeitet derzeit ihr *Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen (DSM)* und zieht für das bevorstehende DSM-V eine Neueinteilung der Pathologien in Betracht, die sich auf Transidentitäten beziehen. Bislang schaut es nicht so aus, als ob die APA Transidentitäten von der Liste der Krankheiten streichen wollte, auch wenn der APA die Diskriminierung von transsexuellen Menschen bekannt ist und sie Leitlinien für die Behandlung von transsexuellen Menschen in der Gesellschaft herausgegeben hat.<sup>17</sup>

### 3.3. Pathologisierung intersexueller Körper als an einer Störung der Geschlechtsentwicklung leidend

*Störungen der Geschlechtsentwicklung (DSD)* ist ein medizinischer Begriff, der in medizinischen Kreisen vor kurzem den Begriff intersexuell ersetzt hat. Er bezieht sich auf einen angeborenen Zustand, bei dem die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen oder anatomischen Geschlechts als untypisch betrachtet wird. Der Begriff wurde 2005 bei der International Consensus Conference on Intersex angenommen. Im Jahr 2006 wurde in der Erklärung *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders*<sup>18</sup> ein neues medizinisches Klassifikationssystem vorgeschlagen, das die Etikettierung abschaffen und die Situation von intersexuellen Menschen für Patienten, Familienmitglieder und Ärzte deutlicher darstellen soll. Die neue Klassifikation wird in der nachstehenden Tabelle zusammengefasst:<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Zusammengeführt unter der weltweiten Kampagne „Stop Trans Pathologization 2012“.

<sup>15</sup> Siehe <http://www.wpath.org/documents/de-psychopathologisation%205-26-10%20on%20letterhead.pdf>.

<sup>16</sup> Verfügbar unter <http://web.hku.hk/~sjwinter/TransgenderASIA/maltadeclaration.pdf>.

<sup>17</sup> APA Policy Statement: Transgender, Gender Identity, & Gender Expression Non-Discrimination (angenommen 2008), online verfügbar unter <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/transgender.aspx>.

<sup>18</sup> Pediatrics, Band 118 Nr. 2 1. August 2006, auf S. e488-e500, online verfügbar unter <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488.full.pdf+html>.

<sup>19</sup> Ebd., auf S. e489.



<b>Tabelle 1 Vorgeschlagene geänderte Nomenklatur</b>	
<b>Bislang</b>	<b>Vorgeschlagen</b>
Intersexualität	DSD
Männlicher Pseudohermaphroditismus, Untervirilisierung einer XY-chromosomalen Person und nicht vollständige Maskulinisierung einer XY-chromosomalen Person	46,XY-DSD
Weiblicher Pseudohermaphroditismus, Übervirilisierung einer XX-chromosomalen Person und Maskulinisierung einer XX-chromosomalen Person	46,XX-DSD
Wahrer Hermaphroditismus	Ovotestikuläre DSD
XX-männlich oder XX-Geschlechtsumkehr	XX-testikuläre DSD
XY-Geschlechtsumkehr	46,XY komplette Gonadendysgenese

Mit dem *Consensus Statement* und den *Clinical Guidelines for the Management of Disorders of Sex Development in Childhood*<sup>20</sup> sollten die besten Behandlungsstandards für Menschen mit DSD eingeführt werden. Sie wurden jedoch heftig kritisiert, da sie Ärzten und Eltern zusätzliche Entscheidungsbefugnisse über die Körper intersexueller Kinder gaben. Die Organisation Intersex International (OII) [deutscher Ableger: Internationale Vereinigung Intergeschlechtlicher Menschen (IVIM)] und andere Aktivisten haben generell gegen die Verwendung von DSD Einwände erhoben, da „es in den DSD-Leitlinien in erster Linie um das soziale Geschlecht geht und darum, Eltern und Ärzte davon zu überzeugen, dass das richtige Geschlecht ausgewählt werden kann, ohne das Kind zu fragen. Das lehnen wir mit aller Entschiedenheit ab.“<sup>21</sup>

Folglich ist eine gründliche menschenrechtliche Bewertung der aktuellen medizinischen Praktiken und gesetzlichen Anforderungen erforderlich, um sicherzustellen, dass intersexuelle Menschen Zugang zu den besten Behandlungsstandards haben, ohne dass ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt wird.

#### 4. Geschlechtsmarker und Gesetze, die zur Verwurzelung des binären Geschlechtsmodells beitragen

Für viele transsexuelle Menschen ist es aus sozialen, praktischen und persönlichen Gründen von größter Wichtigkeit, dass in ihren Ausweispapieren der richtige Geschlechtsmarker<sup>22</sup> angegeben ist. Im täglichen Leben führt eine Unstimmigkeit zwischen der Geschlechtsdarstellung und dem Geschlechtsmarker in den Ausweispapieren<sup>23</sup> zu verschiedenen Problemen. Diese reichen von der Unmöglichkeit, eine Ehe einzugehen oder eine Partnerschaft eintragen zu lassen, über die Schwierigkeit, eine Anstellung zu bekommen und zu behalten, bis zu Schwierigkeiten beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen wie z.B. dem Problem, die Identität nachzuweisen, wenn man ein Paket bei der Post abholt, eine Versicherung abschließt oder in ein Flugzeug steigen möchte. Während die überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten eine Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit vorsieht,<sup>24</sup> tendiert

<sup>20</sup> Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, (2006) Rohnert Park: Intersex Society of North.

<sup>21</sup> Curtis E. Hinkle (nicht datiert), Why is OII not using the term DSD or "Disorders of Sex Development"? Online verfügbar unter [http://www.intersexualite.org/Response\\_to\\_Intersex\\_Initiative.html#anchor\\_42](http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html#anchor_42).

<sup>22</sup> Der *Geschlechtsmarker* ist eine geschlechtsspezifische Kennung auf offiziellen Dokumenten. Die offensichtlichsten Geschlechtsmarker sind Angaben wie männlich/weiblich oder Herr/Frau/Fräulein. Sie befinden sich häufig auf Personalausweisen, Führerscheinen, Geburtsurkunden, Zeugnissen, Personenstandsurkunden und Steuerformularen. Weniger offensichtliche Geschlechtsmarker können codierte Nummern wie Sozialversicherungsnummern oder Steuernummern sein.

<sup>23</sup> Bezüglich der Anerkennung solcher Dokumente in anderen Ländern siehe z. B. Sheila Swatschek (2005), *Transsexuality and International Private Law*, Brüssel: ILGA-Europe.

<sup>24</sup> Der Grundsatz wurde in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in *B gegen Frankreich* (1992) festgelegt und später bestätigt (siehe II.2.2.1).



die Liste der mit einer solchen Anerkennung verbundenen Anforderungen dazu, lang, invasiv und pathologisch zu sein.<sup>25</sup> Solche Gesetze können unter anderem verlangen, dass transsexuelle Menschen: (i) beabsichtigen, dauerhaft im Gegengeschlecht zu leben; (ii) die Anforderungen des Alltagstests erfüllen; (iii) multidisziplinäre Gutachten einholen, dass sie an einer Geschlechtsidentitätsstörung leiden; (iv) sich irreversiblen Genitaloperationen unterziehen; (v) sterilisiert werden; (vi) unverheiratet sind oder sich von ihrem Ehegatten scheiden lassen. Diese Bedingungen sind normalerweise entweder in den Rechtsvorschriften zur Anerkennung transsexueller Menschen verankert oder sind Teil des üblichen Verfahrens, das die Anerkennung regelt.

Alle europäischen Länder verlangen die Diagnose einer Geschlechtsidentitätsstörung (GID) bevor ein anderes Geschlecht anerkannt wird. Deshalb benötigen alle transsexuellen Menschen in Europa ärztliche und psychologische Hilfe. Die Weigerung eines Arztes, eine GID zu bescheinigen, kann dazu führen, dass sich die transsexuelle Person keiner Geschlechtsangleichung unterziehen kann. Das heißt, dass sie auch den Geschlechtsmarker auf Personenstandsunterlagen nicht ändern lassen kann. Die transsexuellen Menschen, die keine Geschlechtsangleichung durchführen lassen wollen oder können, um alle im nationalen Recht festgelegten Anforderungen zu erfüllen, haben häufig keine Möglichkeit, ihren Geschlechtsmarker ändern zu lassen, selbst wenn sie immer in dem Geschlecht leben, mit dem sie sich identifizieren.

Wie oben dargelegt, ist die Verflechtung von der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit mit der Notwendigkeit einer medizinischen Bescheinigung und irreversibler Eingriffe problematisch. Die Notwendigkeit einer Sterilisation und Scheidung repräsentiert das vorrangige Interesse der Gesellschaft, das binäre Geschlechtssystem durchzusetzen. Das Wohlergehen der transsexuellen Menschen steht erst an zweiter Stelle. Eine Sterilisation wird gefordert, um sicherzustellen, dass die biologische Rolle der Geschlechter nicht in Frage gestellt wird. Mit der Forderung nach einer Scheidung soll vermieden werden, dass eine bestehende Ehe zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe wird. Ein ähnliches Interesse liegt der Verpflichtung zugrunde, sich einer „vollständigen“ Geschlechtsangleichung zu unterziehen. Angesichts der Menschenrechtsverletzungen, die diese Anforderungen darstellen, ruft der Menschenrechtskommissar des Europarates die Mitgliedstaaten dazu auf „[i]n den Gesetzen, die den Namens- und Geschlechtswechsel regeln, die Sterilisation und andere aufgezwungene medizinische Behandlungen als notwendige rechtliche Ausgangsbedingungen zur Anerkennung der Geschlechtsidentität einer Person ab[zu]schaffen.“<sup>26</sup> Der Vorstand der WPATH zog nach und forderte die Streichung der Sterilisation und der operativen Voraussetzungen von der Liste der Anforderungen für eine Anerkennung des Geschlechts.

„Niemand sollte sich als Bedingung für die Anerkennung der Identität einer Operation oder Sterilisation unterziehen müssen. Wenn ein Geschlechtsmarker auf einem Ausweispapier erforderlich ist, könnte dieser Marker unabhängig von der Fortpflanzungsfähigkeit das gelebte Geschlecht der Person anerkennen. Der WPATH-Vorstand drängt Regierungen und andere maßgebliche Behörden, Bedingungen für die Identitätsanerkennung zu beseitigen, die operative Verfahren erfordern.“<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Der EGMR hat es der nationalen Gesetzgebung überlassen, die Kriterien für eine rechtliche Geschlechtsanerkennung festzulegen.

<sup>26</sup> Menschenrechtskommissar (2009), Human Rights and Gender Identity, Straßburg: Council of Europe Identity, auf S. 44.

<sup>27</sup> Siehe <http://www.wpath.org/documents/Identity%20Recognition%20Statement%206-6-10%20on%20letterhead.pdf>.

Marie | 1953



## 5. Diskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung und anderen Lebensbereichen

Forschungen im Bereich der Beschäftigungsraten von transsexuellen Menschen und ihrer Positionen zeigen, dass ein großer Prozentsatz von ihnen un- oder unterbeschäftigt ist. Die „Engendered Penalties“-Studie zeigt, dass nur 31% der Befragten einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen. Die genaue Zahl für Transfrauen beläuft sich auf 40%, die für Transmänner auf 36%, wohingegen diese Zahlen in der Nicht-Transgender-Vergleichsbevölkerung bei 57% für Frauen und 72% für Männer liegen. Spanische Forschungsarbeiten zur Beschäftigung von Transgendern zeigten, dass 54% der Befragten arbeitslos waren.<sup>28</sup> In einer Studie, die Erfahrungen von Transgender-Arbeitnehmern vor und nach der Angleichung heranzog, um die Faktoren zu untersuchen, die zu den fortdauernden geschlechtsspezifischen Unterschieden beitragen, wurde geschätzt, dass:

„das Durchschnittseinkommen von Frau-zu-Mann-Transgender-Arbeitnehmern nach ihrer Umwandlung leicht ansteigt, während das Durchschnittseinkommen von Mann-zu-Frau-Transgender-Arbeitnehmern um fast ein Drittel sinkt. Dieses Ergebnis stimmt mit qualitativen Daten überein, die besagen, dass für viele Mann-zu-Frau-Arbeitnehmer die Umwandlung in eine Frau mit Autoritätsverlust, Belästigung und der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einhergeht, während die Umwandlung zum Mann für viele Frau-zu-Mann-Arbeitnehmer einen Zuwachs an Respekt und Autorität bedeutet.“<sup>29</sup>

Darüber hinaus verlieren transsexuelle Menschen in der Phase der Angleichung besonders leicht ihren Arbeitsplatz, und wenn der Geschlechtsmarker und der Name auf den Ausweispapieren und den akademischen Zeugnissen nicht mit dem Geschlechtsausdruck übereinstimmen, bedeutet das häufig umfangreiche Diskriminierungen bei Vorstellungsgesprächen. Es wurde auch berichtet, dass bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die Bestimmungen des Arbeitgebers zur Benutzung der nach Geschlechtern getrennten Toiletten oder zum Tragen geschlechtsspezifischer Uniformen Probleme verursacht haben. Manchmal werden transsexuelle Menschen in der Tat entsprechend ihrer vorherigen Geschlechtsrolle behandelt und folglich dazu angewiesen, Toiletten zu benutzen, die nicht für ihr angenommenes Geschlecht bestimmt sind und sich entgegen ihrem angenommenen Geschlecht zu verhalten.

Diskriminierungen in anderen Bereichen des Lebens, wie der Zugang zur allgemeinen Gesundheitsfürsorge, zur Bildung oder zu anderen Gütern und Dienstleistungen sind genauso verbreitet und folgen einem ähnlichen Muster. Häufig hängt die Diskriminierung mit der Notwendigkeit zusammen, ein offizielles Ausweispapier vorzulegen, das Geschlechtsmarker enthält (z. B. im Fall der Einschreibung bei einer Bildungseinrichtung oder einem Sportinstitut oder wenn ein Bankkonto eröffnet oder eine andere Dienstleistung in Anspruch genommen wird) oder mit geschlechtsspezifischen Räumen (z. B. Umkleieräumen oder Toiletten).

## 6. Belästigung, Gewalt und Hassverbrechen

Transsexuelle Menschen sind in der Öffentlichkeit wiederkehrenden Belästigungen und „einem hohen Maß an Diskriminierung, Intoleranz und offener Gewalt ausgesetzt.“<sup>30</sup> In Anerkennung dieser schwierigen Umstände empfiehlt der Menschenrechtskommissar des Europarates den Mitgliedstaaten, „Gesetze gegen Hassverbrechen zu erlassen, die Transgender-Personen einen spezifischen Schutz vor transphobischen Verbrechen und Vorfällen gewähren.“<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Menschenrechtskommissar (2009), auf S. 30.

<sup>29</sup> Kristen Schilt & Matthew Wiswall (2008), Before and After: Gender Transitions, Human Capital, and Workplace Experiences, The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy: Band 8: Ausgabe 1 (Beiträge), Artikel 39.

<sup>30</sup> Menschenrechtskommissar (2009), auf S. 5. Siehe auch Amy Roch, Graham Ritchie & James Morton (2010), Out of sight, out of mind? Transgender People's Experiences of Domestic Abuse, Schottland: LGBT Youth Scotland & Equality Network.

<sup>31</sup> Ebd., 45.

Die Studie *Transphobic Hate Crimes in the European Union*<sup>32</sup> ist die erste Studie, in der ein quantitativer Nachweis erbracht wird, dass transsexuelle Menschen in den Mitgliedstaaten Hassverbrechen ausgesetzt sind. Die Grundlage der Studie sind die Antworten von 2 669 transsexuellen Menschen aus ganz Europa. Die Studie zeigt Folgendes:

- i. 79% der Befragten hatten eine Form der Belästigung in der Öffentlichkeit erlebt. Diese reichte von transphobischen Kommentaren zu körperlichem und sexuellem Missbrauch.
- ii. Die häufigsten Formen der Belästigung waren (unerbetene) Kommentare (44%) und verbale Angriffe (27%); 15% der Befragten gaben an, bedrohlichem Verhalten und körperlichem Missbrauch (7%) ausgesetzt gewesen zu sein.
- iii. Unter Bezugnahme auf eine frühere Studie aus dem Vereinigten Königreich kamen die Forscher zu dem Schluss, dass Transfrauen eher Belästigungen ausgesetzt sind als Transmänner. 67% der Transfrauen berichteten von Belästigungen. Bei den Transmännern waren es 57%. 24% der Transfrauen berichteten von verbalen Angriffen und 20% der Transmänner.
- iv. Die italienischen Befragten waren den meisten Kommentaren ausgesetzt (51%); unter griechischen, deutschen und britischen/UK Befragten war das Maß an verbalen Angriffen am höchsten (25%); griechische Befragte gaben den höchsten Prozentsatz an bedrohlichem Verhalten an (22%); englische Befragte den höchsten Prozentsatz an körperlichem Missbrauch (7%) und unter französischen Befragten gab es das höchste Maß an sexuellem Missbrauch (3%).

Zu ähnlichen Ergebnissen kam auch der London Metropolitan Police Service<sup>33</sup> in seiner Umfrage, die er 2008 unter Lesben und Transfrauen durchführte:

- i. 65% der befragten lesbischen und transsexuellen Frauen gaben an, dass sie bereits Opfer eines Vorfalls/von Vorfällen wurden, den/die sie als homophob oder transphob einstufen; 94% dieser Frauen waren verbalen Angriffen oder Belästigungen ausgesetzt; 46% gaben an, Opfer von Bedrohungen, Einschüchterungen oder Mobbing geworden zu sein und 30% waren bereits körperlicher Gewalt oder Angriffen ausgesetzt.
- ii. 37% der befragten Frauen sagten, einen solchen Vorfall in den letzten 12 Monaten erlebt zu haben.
- iii. Fast zwei Drittel (64%) der Frauen, die Opfer eines solchen Vorfalls geworden sind, gaben an, dass dieser kurz- oder langfristige Auswirkungen auf sie gehabt hat.
- iv. In 62% der in der Studie erwähnten Fälle gab es mindestens zwei Täter. In 26% der erwähnten Fälle war der Täter dem Opfer bekannt und in einigen Fällen gehörte er zur Familie des Opfers.
- v. 83% der von den Frauen erwähnten Fälle wurden nicht bei der Polizei gemeldet. 41% der Frauen, die Vorfälle bei der Polizei zur Anzeige brachten, hatten das Gefühl, dass die Polizeibeamten es ihnen nicht leicht machten. In 42% der Fälle reagierte die Polizei nicht.

Zusätzlich zu den hohen Prozentsätzen an transsexuellen Menschen, die Opfer von Belästigung und Gewalt werden, hat das Forschungsprojekt *Transrespect versus Transphobia Worldwide* ergeben, dass in den drei Jahren von 2008 bis 2010 22 transsexuelle Menschen in der EU ermordet wurden.<sup>34</sup> Es wird vermutet, dass viele von ihnen aufgrund von Transphobie oder als Folge der Schutzlosigkeit getötet wurden, der transsexuelle Menschen aufgrund der sozialen Ausgrenzung ausgesetzt sind.

Es liegen keine Informationen über die Lage intersexueller Menschen in Bezug auf Belästigung, Gewalt und Hassverbrechen vor.

<sup>32</sup> Louis Turner, Stephen Whittle & Ryan Combs (2009), *Transphobic Hate Crimes in the European Union*, London: Press for Change.

<sup>33</sup> Susan Paterson, Vicky Kielinger & Hazel Fletcher (2008), *Women's Experience of Homophobia and Transphobia: Survey Report*, London: Metropolitan Police Service.

<sup>34</sup> Trans respect v. Transphobia project, Karte herausgegeben im Februar 2011, online verfügbar unter <http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/images/maps/TvT-TMM-Map2008-10-en.png>.



Noa | 1999

## II. Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck in internationalen Menschenrechtsgesetzen



Eine ausdrückliche Abdeckung der Geschlechtsidentität (oder sexuellen Ausrichtung) in internationalen Menschenrechtsverträgen ist sehr unüblich, und wenn, dann erfolgte sie erst sehr kürzlich.<sup>35</sup> Da sie sich der Lücke in den Menschenrechtsgesetzen bewusst waren, haben sich Fachleute aus der ganzen Welt im Jahr 2006 in Yogyakarta getroffen, um eine Reihe von Menschenrechtsprinzipien zu formulieren und anzunehmen, die als Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Ausrichtung und geschlechtliche Identität (kurz: Yogyakarta-Prinzipien) bekannt sind. Diese Prinzipien stellen eine primäre Quelle für die Ausarbeitung der Menschenrechte von LGBT dar. Verschiedene Regierungen, darunter auch Regierungen einiger EU-Mitgliedstaaten und Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) haben bereits ausgiebig auf diese Prinzipien verwiesen.<sup>36</sup>

## 1. Internationale Menschenrechtsvorschriften der Vereinten Nationen (UN)

### 1.1. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist ein internationaler Vertrag, der 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen wurde. Er besteht aus 30 Artikeln, die anschließend in internationalen Verträgen, regionalen Rechtsakten über Menschenrechte und in einzelstaatlichen Gesetzen weiter ausgearbeitet wurden. Die AEMR bestätigt, dass alle Menschen frei und gleich an Würde und Rechten geboren sind und dass jeder ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand, Anspruch auf alle in der AEMR verkündeten Rechte und Freiheiten hat. Auch wenn in der AEMR die Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich genannt wird, kann die UN dennoch bei der Ausweitung der Menschenrechte auf transsexuelle Menschen dienlich sein.

Am 17. Juni 2011 hat die UN-Menschenrechtskommission (MRK) eine Entschließung über *Menschenrechte, sexuelle Ausrichtung und Geschlechteridentität* verabschiedet.<sup>37</sup> Sie ist die erste ihrer Art und bringt die ernste Besorgnis über Gewalthandlungen und Akte der Diskriminierung zum Ausdruck, die gegen Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und ihrer Geschlechteridentität begangen werden. Sie ersucht die Hohe UN-Kommissarin für Menschenrechte, eine Studie in Auftrag zu geben, die Diskriminierung und Gewalt gegen Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und ihrer Geschlechteridentität in allen Regionen der Welt dokumentiert. Es wird erwartet, dass während der 19. Sitzung der MRK im Jahr 2012 eine auf den Sachinformationen der Studie gestützte Podiumsdiskussion stattfindet.

### 1.2. Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) wurde 1979 von der UN-Generalversammlung angenommen. Es definiert, worin eine Diskriminierung der Frau besteht und stellt eine Agenda für nationale Maßnahmen zur Beendigung dieser Form der Diskriminierung auf. Außerdem fordert das Übereinkommen die Vertragsstaaten zur Durchführung verschiedener positiver Maßnahmen auf, die zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern im politischen und öffentlichen Leben, in Bildung, Gesundheit und Beschäftigung führen sollen.

<sup>35</sup> Bis heute findet sich kein Verweis auf den Geschlechtsausdruck im internationalen Recht.

<sup>36</sup> Paula Ettelbrick & Alia Trabucco Zerán (2010), *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development A Study of November 2007 – June 2010 (Final Report)*.

<sup>37</sup> A/HRC/17/L.9/Rev.1.

Am 22. Oktober 2010 hat der CEDAW-Ausschuss zwei Allgemeine Empfehlungen angenommen; eine über ältere Frauen und den Schutz ihrer Menschenrechte<sup>38</sup> und die andere über die grundlegenden Verpflichtungen der Vertragsstaaten im Sinne von Artikel 2 (Diskriminierung).<sup>39</sup> Beide Empfehlungen haben bestätigt, dass die auf dem sozialen oder biologischen Geschlecht beruhende Diskriminierung der Frau noch mit anderen Faktoren verknüpft ist, wie beispielsweise mit der Geschlechtsidentität. Randnummer 18 der letztgenannten Empfehlung stellt fest:

„Intersektionalität ist ein Grundkonzept, um den Geltungsbereich der in Artikel 2 enthaltenen allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten zu verstehen. Die auf dem biologischen und sozialen Geschlecht beruhende Diskriminierung der Frau ist untrennbar verbunden mit anderen, die Frauen betreffenden Faktoren wie [...] der Geschlechtsidentität.“

Als Ergebnis dieser Entschlüsse muss in den nationalen Berichten, die den Vertragsorganen vorgelegt werden, die Situation von transsexuellen Frauen ausdrücklich angesprochen werden. Es muss dargelegt werden, welche Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung dieser Frauengruppe ergriffen werden.

## 2. Regionale Rechtsakte des Europarates (ER) auf dem Gebiet der Menschenrechte

### 2.1. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist ein internationaler Vertrag zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten des Europarates. Sie wurde 1950 unterzeichnet und trat am 3. September 1953 in Kraft. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wurde auf der Grundlage der Konvention eingerichtet und ist der einzige Gerichtshof eines internationalen Menschenrechtsvertrags, der Einzelpersonen das Recht gibt, direkt gegen einen Mitgliedstaat Klage einzureichen. Urteile des EGMR sind verbindlich. Darüber hinaus ist die Konvention ein „lebendiges Instrument“ und folglich kann der Gerichtshof die Konvention angesichts des aktuellen Kenntnisstands und sich ändernder Einstellungen auslegen.

Artikel 14 EMRK verbietet Diskriminierung aufgrund einer offenen Liste von Gründen, nämlich wegen „des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status“. Der Artikel wurde auch so ausgelegt, dass er noch andere, nicht eigens im Text der Konvention aufgelistete Gründe abdeckt, wie die sexuelle Orientierung (in *L. und V. gegen Österreich* [2003] und in nachfolgenden Rechtssachen)<sup>40</sup> und in jüngerer Zeit die Transsexualität (*P.V. gegen Spanien* [2010]).<sup>41</sup> Der in Artikel 14 EMRK vorgesehene Schutz beschränkt sich auf Rechte, die in der Konvention verankert sind.

<sup>38</sup> Allgemeine Empfehlung Nr. 27 über ältere Frauen und den Schutz ihrer Menschenrechte, CEDAW/C/2010/47/GC.1.

<sup>39</sup> General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/2010/47/GC.2.

<sup>40</sup> Der EGMR hat am 9. Januar 2003 in den Rechtssachen *L. und V. gegen Österreich* (EGMR, Beschwerde-Nr. 39392/98 und 39829/9) entschieden, dass die sexuelle Orientierung unter Artikel 14 EMRK fällt. Das Gericht vertrat diese Auffassung auch in nachfolgenden Urteilen.

<sup>41</sup> Am 30. November 2010 hat der EGMR in der Entscheidung über die Zulässigkeit in der Rechtssache *P.V. gegen Spanien* (EGMR, Beschwerde-Nr. 35159/09) Transsexualität als geschützten, eigenständigen Grund im Sinne von Artikel 14 EMRK anerkannt.

Nur in Protokoll Nr. 12 der EMRK ist ein „allgemeines Diskriminierungsverbot“ vorgesehen, das das Verbot der Diskriminierung auf jeden Rechtsanspruch ausweitet, selbst wenn das Recht nicht in der Konvention geschützt ist.<sup>42</sup>

In der Bemühung, die beiden europäischen regionalen Gerichtssysteme zu vereinen, legt Artikel 17 des Protokolls Nr. 14 zur EMRK fest, dass die Europäische Union dieser Konvention beitreten kann. Entsprechend sieht Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) Folgendes vor: „Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei.“ Die formale Integration der beiden Systeme muss noch stattfinden. Es gibt jedoch bereits Fälle, in denen eine Angleichung zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) erfolgt ist.<sup>43</sup>

## 2.2. Rechtsprechung des EGMR zu den Menschenrechten transsexueller Menschen

Als erste, von einer transsexuellen Person eingereichte Beschwerde, kam die Rechtssache *Van Oosterwijck gegen Belgien*<sup>44</sup> im Jahr 1976 vor den EGMR. Sie war jedoch nicht erfolgreich. Erst im Jahr 1992 erging in der Rechtssache *B. gegen Frankreich* das erste positive Urteil des Gerichtshofs. Die einen Meilenstein markierenden Entscheidungen des Gerichtshofs in Bezug auf die Rechte transsexueller Menschen betreffen die rechtliche Anerkennung der Änderung der Namens und des gesetzlich eingetragenen Geschlechts, das Recht auf Eheschließung und auf Deckung der Kosten für die Behandlung zur Geschlechtsangleichung. Bis jetzt betrafen alle vor dem Gericht anhängigen Rechtssachen Transsexuelle und das Gericht hat folglich noch nicht Stellung zu den Rechten anderer Transgender genommen.

### 2.2.1. Anerkennung des Geschlechts postoperativer Transsexueller

In *B gegen Frankreich*<sup>45</sup> (entschieden im Jahr 1992) stellte der EGMR fest, dass die Weigerung der französischen Regierung, die Geburtsurkunde und den Namen einer postoperativen Transsexuellen zu ändern, einen Verstoß gegen Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) darstellt.

Die Beschwerdeführerin hatte sich im Jahr 1972 Operationen zur Geschlechtsangleichung unterzogen und wollte im Anschluss daran das in ihrer Geburtsurkunde und in anderen Personenstandsurkunden eingetragene Geschlecht ändern lassen. Dies wurde ihr jedoch verwehrt. Das französische Recht verbot es, einen anderen Namen und Vornamen zu führen, als den in der Geburtsurkunde eingetragenen. Die Beschwerdeführerin war folglich regelmäßig Demütigungen ausgesetzt, da sie nur Dokumente vorlegen konnte, bei denen der Name und das Geschlecht dem Geschlecht vor der Umwandlung entsprachen. In diesem Fall stellte das Gericht die besonders schwierige Situation für transsexuelle Menschen in Frankreich fest und vertrat die Ansicht, dass „selbst unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums des Staates keine gerechte Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit auf der einen und dem Interesse der betroffenen Einzelperson auf der anderen Seite getroffen wurde“ (Randnr. 63 des Urteils).

Folglich musste Frankreich für die Anerkennung der Änderung des Geschlechts auf Personalausweisen und in anderen offiziellen Dokumenten sorgen. Auch wenn diese Rechtssache nicht zu ähnlichen Änderungen in anderen

<sup>42</sup> Protokoll Nr. 12 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten von 1950 trat am 1. April 2005 in Kraft, SEV Nr. 177. Protokolle zur EMRK sind fakultativ und viele EU-Mitgliedstaaten haben Protokoll Nr. 12 bisher nicht unterschrieben oder ratifiziert.

<sup>43</sup> Siehe Rechtssache *K.B.*, die in III.2.1.1. behandelt wird.

<sup>44</sup> EGMR, *Van Oosterwijck gegen Belgien* (Beschwerde-Nr. 7654/76), Urteil vom 6. November 1980.

<sup>45</sup> EGMR, *B. gegen Frankreich* (Beschwerde-Nr. 13343/87), Urteil vom 25. März 1992.

Ländern führte, wurde ein wichtiger Präzedenzfall geschaffen. Es wurde gezeigt, dass das Recht auf Privatsphäre im täglichen Leben vieler transsexueller Menschen entscheidend ist.

### 2.2.2. Recht, entsprechend dem erworbenen Geschlecht eine Ehe einzugehen

In der richtungsweisenden Entscheidung in den Rechtssachen *Goodwin und I. gegen UK*<sup>46</sup> (Urteil der Großen Kammer aus dem Jahr 2002) entschied der EGMR, dass die Weigerung des Vereinigten Königreichs auf Anerkennung des postoperativen Geschlechts und die Verweigerung des Rechts auf Eheschließung gemäß dem erworbenen Geschlecht eine Verletzung von Artikel 8 bzw. Artikel 12 EMRK (Recht auf Eheschließung) darstellt.

Beide Beschwerdeführer beschwerten sich über die fehlende Anerkennung ihres postoperativen Geschlechts und über den rechtlichen Status von Transsexuellen im Vereinigten Königreich. Sie argumentierten unter anderem, dass sie aufgrund der staatlichen Weigerung zur Änderung des Geburtsregisters nicht dazu in der Lage waren, eine Ehe einzugehen. In seiner Begründung stellte der Gerichtshof fest, dass sich einerseits die Einstellung der Gesellschaft zur Ehe als Institution erheblich verändert hat und andererseits die Medizin sowie andere Sparten der Wissenschaft radikal neue Erkenntnisse zur Transsexualität gewonnen haben. Der Gerichtshof vertrat folglich nicht die Ansicht, dass er sich auf eine Geschlechtsbestimmung nach einem biologischen Kriterium beziehen muss, wenn Art. 12 EMRK von „Mann und Frau“ spricht und sieht folglich keine Rechtfertigung für eine generelle Verweigerung des Rechts Transsexueller auf Eheschließung.

In dieser Rechtssache schränkte der Gerichtshof auch den bislang weiten Ermessensspielraum der Staaten gegenüber Transsexuellen ein, indem er es für weniger bedeutsam hielt, „dass ein gemeinsames europäisches Vorgehen bei der Lösung der rechtlichen und praktischen Probleme, die sich stellen, nicht nachgewiesen werden kann, als die klare und unbestrittene internationale Entwicklung nicht nur hin zu einer wachsenden gesellschaftlichen Akzeptanz von Transsexuellen, sondern zu einer rechtlichen Anerkennung der neuen sexuellen Identität von postoperativen Transsexuellen“ (Randnr. 85 des Urteils).

### 2.2.3. Recht auf ein faires und angemessenes Verfahren in Bezug auf die Geschlechtsangleichung

In *Van Kück gegen Deutschland*<sup>47</sup> (entschieden 2003) stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 6 Absatz 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und gegen Art. 8 EMRK fest, da die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, die „medizinische Notwendigkeit“ ihrer Geschlechtsangleichung und das tatsächliche Vorliegen ihres Transsexualismus nachzuweisen, nicht angemessen sei.

Die Beschwerdeführerin hatte vor einem Berliner Gericht gegen eine private Versicherungsgesellschaft geklagt. Sie machte geltend, dass die Versicherungsgesellschaft zur Erstattung von 50% der Kosten einer geschlechtsangleichenden Operation und der Hormontherapie verpflichtet sei (anwendbar auf Angestellte des Landes Berlin). Die deutschen Gerichte wiesen ihre Klage auf Erstattung der Kosten einer medizinischen Behandlung ihrer Transsexualität mit der Begründung ab, sie habe ihren Zustand absichtlich herbeigeführt.

Der EGMR entschied, dass das nationale Verfahren unfair war und das Recht auf ein faires Verfahren verletzt hat. Die Forderung, die medizinische Notwendigkeit der Behandlung zu beweisen, war unverhältnismäßig und nicht

<sup>46</sup> EGMR, *Goodwin und I. gegen UK* (Beschwerde Nr. 28957/95) bzw. (Beschwerde Nr. 25680/94), Urteil vom 11 Juli 2002.

<sup>47</sup> EGMR, *Van Kück gegen Deutschland* (Beschwerde-Nr. 35968/97), Urteil vom 12. Juni 2003.

angemessen, da „die Geschlechtsidentität zum Intimsten des Privatlebens eines Menschen gehört“ (Randnr. 56 des Urteils). Mit *Schlumpf gegen die Schweiz*<sup>48</sup> (entschieden im Jahr 2009) wurde eine ähnliche Rechtssache an den Gerichtshof verwiesen, der seine Begründung in *Van Kück* bestätigte.

#### 2.2.4. Recht auf eine Rente entsprechend dem erworbenen Geschlecht

In *Grant gegen das Vereinigte Königreich*<sup>49</sup> (entschieden im Jahr 2006) befand der EGMR, dass die Weigerung der britischen Regierung, einer postoperativen transsexuellen Frau bei Erreichen des Renteneintrittsalters von Frauen eine Rente zu gewähren, eine Verletzung von Artikel 8 EMRK darstellte.

Die Beschwerdeführerin wurde auf ihrer nationalen Versicherungskarte als Frau geführt und bezahlte die für Frauen geltenden Beiträge. Als sie ihren Rentenanspruch stellte, wurde ihr dennoch mitgeteilt, dass sie erst ab dem für Männer geltenden Renteneintrittsalter (fünf Jahre später) rentenberechtigt sei. Das Urteil des EGMR stützte ein etwas früher in der Rechtssache *Richards*<sup>50</sup> ergangenes Urteil des EuGH.

#### 2.2.5. Das Recht transsexueller Menschen auf klare Geschlechtsangleichungsverfahren

In *L. gegen Litauen*<sup>51</sup> (entschieden im Jahr 2007) stellte der EGMR fest, dass die fehlende Klarheit des litauischen Rechts in Bezug auf die Geschlechtsangleichung eine Verletzung von Artikel 8 EMRK darstellte. Diese Unklarheit führte dazu, dass der Beschwerdeführer sein Geschlechtsangleichungsverfahren nicht abschließen und keine Anerkennung seines erworbenen Geschlechts erlangen konnte.

In Litauen waren Operationen zur Geschlechtsangleichung zwar nicht verboten und das Zivilgesetzbuch (angenommen im Jahr 2000) gewährte das Recht, sich einer geschlechtsangleichenden Operation zu unterziehen, das Gesetz, das die Geschlechtsangleichung regeln sollte, wurde jedoch nie verabschiedet. Als Ergebnis davon fand sich L. „im Zwischenstadium eines präoperativen Transsexuellen, da er sich bereits einer teilweisen Operation unterzogen hatte“<sup>52</sup>. Er war zahlreichen Demütigungen ausgesetzt, da in seinen Personenstandsdokumenten noch sein alter Name und der alte Geschlechtsmarker standen. Der Gerichtshof entschied, dass Litauen binnen drei Monaten nach Ergehen des Urteils die erforderlichen gesetzlichen Bestimmungen zu verabschieden habe oder dem Beschwerdeführer 40 000 EUR für den materiellen Schaden zur Deckung der Kosten für die Durchführung der Geschlechtsangleichung bezahlen müsse. Für den immateriellen Schaden sprach der Gerichtshof dem Beschwerdeführer eine Entschädigung in der Höhe von 5 000 EUR zu. Litauen hat das Urteil noch nicht vollständig ausgeführt.

### 2.3. Empfehlungen des Europarates zu den Rechten von LGBT

Im März 2010 hat das Ministerkomitee des Europarates eine Empfehlung mit konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität

<sup>48</sup> EGMR, *Schlumpf gegen die Schweiz* (Beschwerde-Nr. 29002/06), Urteil vom 8. Januar 2009.

<sup>49</sup> EGMR, *Grant gegen Vereinigtes Königreich* (Beschwerde-Nr. 32570/03), Urteil vom 23. Mai 2006.

<sup>50</sup> Siehe III.2.1.1.

<sup>51</sup> EGMR, *L. gegen Litauen* (Beschwerde-Nr. 27527/03), Urteil vom 11. September 2007.

<sup>52</sup> B. Die Bewertung des Gerichtshofs (im Urteil).

angenommen.<sup>53</sup> Diese Empfehlung stellt die erste umfassende, zwischenstaatliche Vereinbarung zu den Rechten von LGBT dar und behandelt: (i) das Recht auf Leben, Sicherheit und Schutz vor Gewalt – unter Abdeckung von (a) „Hasskriminalität“ und anderen hassmotivierten Vorfällen und (b) „Hassreden“; (ii) die Vereinigungsfreiheit; (iii) die Meinungsfreiheit und das Recht, sich friedlich zu versammeln; (iv) das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; (v) Beschäftigung; (vi) Bildung; (vii) Gesundheit; (viii) Wohnraum; (ix) Sport; (x) das Recht auf Asyl; (xi) nationale Menschenrechtsinstitutionen und (xii) Mehrfachdiskriminierungen. Diese Empfehlungen sind zwar nicht direkt umsetzbar, gelten jedoch als „weiches Recht“. Sie enthalten ein Verfahren zur Überprüfung der Umsetzung (im Jahr 2013 durchzuführen).

Einen Monat später hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE) eine Entschließung<sup>54</sup> und eine Reihe von Empfehlungen<sup>55</sup> hinsichtlich der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität angenommen. PACE empfahl die Entschließung des Ministerkomitees und forderte das Komitee zur Förderung von Maßnahmen zur Unterstützung der Gleichbehandlung von LGBT auf.

## 2.4. Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

Das kürzlich angenommene *Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt*<sup>56</sup> enthält in Artikel 4 Absatz 3 „Grundrechte, Gleichstellung und Nichtdiskriminierung“ einen Verweis auf die Geschlechtsidentität. Dadurch wird es zum ersten Übereinkommen, das einen ausdrücklichen Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität enthält. Der Artikel legt fest:

„Die Durchführung der Bestimmungen dieses Übereinkommens durch die Vertragsparteien, insbesondere von Maßnahmen zum Schutz der Rechte der Opfer, ist ohne Diskriminierung auf Grund des biologischen oder sozialen Geschlechts, [...] der Geschlechtsidentität, [...] oder des sonstigen Status sicherzustellen.“

Der erläuternde Bericht<sup>57</sup> führt den Schutzgrund der Geschlechtsidentität wie folgt aus (Randnr. 53):

„Bestimmte Personengruppen können auch auf Grund ihrer Geschlechtsidentität Opfer von Diskriminierung werden, wenn sie sich, einfach gesagt, mit einem Geschlecht identifizieren, welches nicht ihrem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht entspricht. Hierzu zählen Kategorien von Personen wie Transsexuelle, Transvestiten und sonstige Personengruppen, die nicht dem entsprechen, was die Gesellschaft als den Kategorien „männlich“ oder „weiblich“ zugehörig anerkennt.“

Durch die Annahme einer so weit gefassten Definition, die weit über die vorstehend diskutierte Rechtsprechung hinausgeht, setzt der Europarat das Signal, dass alle transsexuellen Menschen zu schützen sind, unabhängig davon, ob sie sich einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen haben oder nicht.

<sup>53</sup> Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität (angenommen vom Ministerkomitee bei seiner 1 081. Sitzung der Stellvertreter der Minister am 31. März 2010).

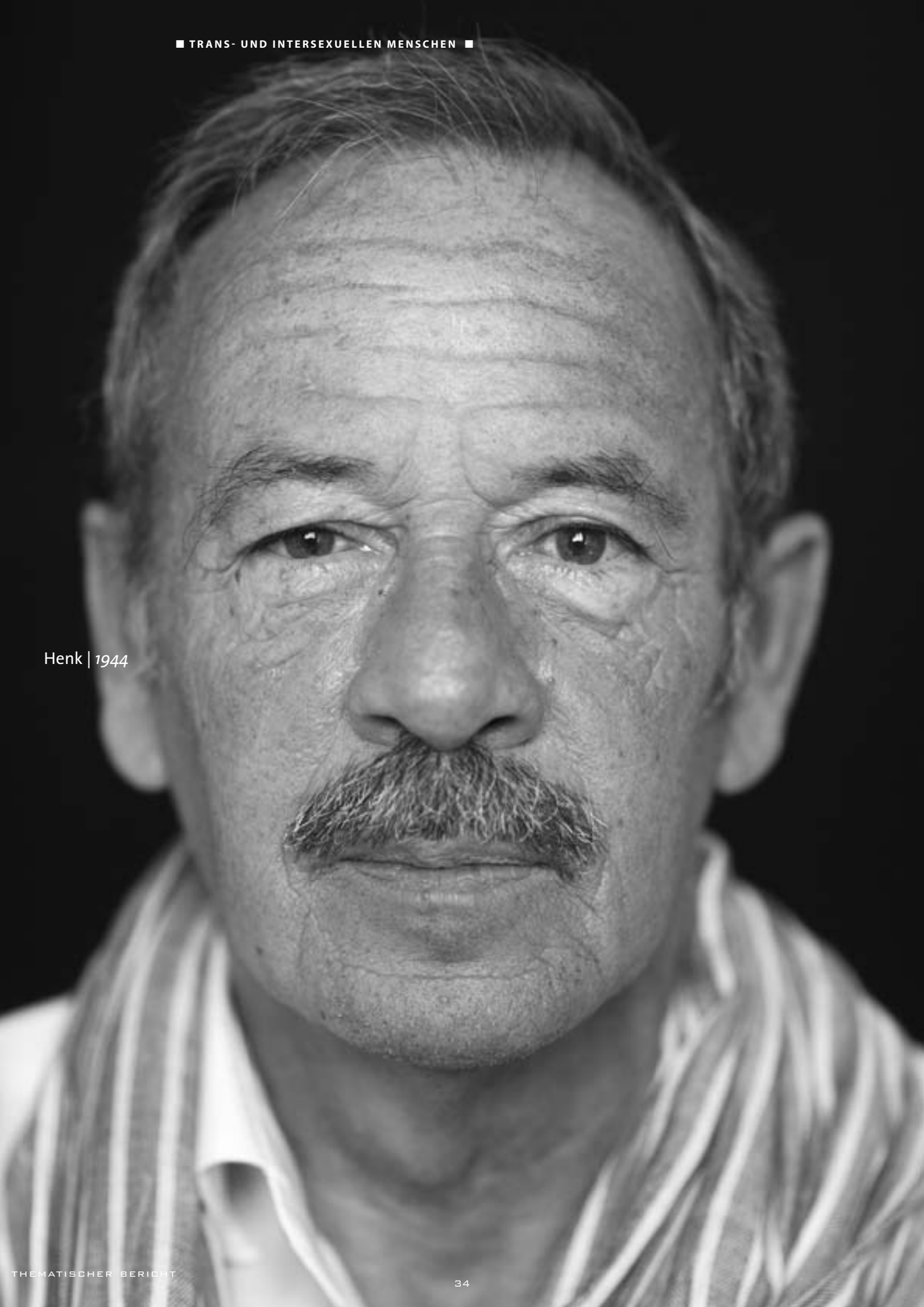
<sup>54</sup> Entschließung 1 728 (2010) Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung oder der Geschlechtsidentität; Debatte der Versammlung vom 29. April 2010 (17. Sitzung).

<sup>55</sup> Empfehlung 1 915 (2010) Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung oder der Geschlechtsidentität (von der Versammlung am 29. April 2010 angenommener Text [17. Sitzung]).

<sup>56</sup> In Istanbul angenommen vom Ministerkomitee und aufgelegt zur Unterzeichnung am 11. Mai 2011.

<sup>57</sup> KOM(2011) 49 endgültig, angenommen am 7. April 2011.

Henk | 1944





### III. Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks im geltenden EU-Recht

## 1. Keine ausdrückliche Gesetzgebung zur Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks

Derzeit enthält das Antidiskriminierungsrecht der EU kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks einer Person. Artikel 18 Absatz 1 AEUV, die allgemeinste Nichtdiskriminierungsbestimmung der Verträge, verbietet nur die Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Ähnlich betrifft Artikel 157 AEUV insbesondere die Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. In Bezug auf andere Rechtsgebiete und andere Arten der Diskriminierung von Menschen berechtigt Artikel 19 AEUV die EU nur dazu, Maßnahmen zur Bekämpfung der „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ zu treffen, ohne Transsexuelle betreffende Fragestellungen überhaupt anzusprechen. Gemäß Artikel 10 AEUV soll die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf abzielen, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Mainstreaming) zu bekämpfen.

Auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union kann kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks gefunden werden. Artikel 21 bezieht sich auf die Nationalität (Absatz 2) und auf „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ (Absatz 1). Auch im internen Arbeitsrecht der EU, dem Statut,<sup>58</sup> das in Artikel 1 Buchstabe d dieselben Gründe der Diskriminierung wie Artikel 21 Absatz 1 der Charta der Grundrechte auflistet, werden die Geschlechtsidentität oder der Geschlechtsausdruck nicht erwähnt. Es sollte jedoch angemerkt werden, dass sowohl in der Charta als auch im Statut die Kataloge der Diskriminierungsgründe offen formuliert sind („Diskriminierungen, insbesondere wegen...“), was grundsätzlich den Rückschluss auf andere als die ausdrücklich genannten Gründe ermöglicht. Gleichzeitig sind die Mitgliedstaaten durch die Charta der Grundrechte „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gebunden (Artikel 51 Absatz 1). Die Charta führt ausdrücklich weiter aus, dass sie weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union begründet, noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändert (Artikel 51 Absatz 2). Sofern man nicht eine extrem weite Auslegung des Ausdrucks „bei der Durchführung des Rechts der Union“ vertritt, scheint es nicht möglich zu sein, Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks nur auf der Grundlage der Charta mit einzubeziehen. Dazu müsste die Union für solche Fragestellungen zuständig sein. Wie bereits dargelegt wurde, ist das derzeit nicht der Fall.

Theoretisch wäre die einzige Möglichkeit für die EU, dennoch diesbezügliche Gesetze zu erlassen, die Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks als wirtschaftliche Fragestellung mit Bezug zum Binnenmarkt zu behandeln und sekundäre Rechtsvorschriften auf eine allgemeine Rechtsgrundlage zu stützen (Artikel 114, 115 und 352 AEUV). So wurde es im Fall der Gleichbehandlung der Geschlechter getan, bevor dem vormaligen EG-Vertrag (nach Lissabon: AEUV) spezifische Bestimmungen als allgemeine Rechtsgrundlage hinzugefügt wurden.<sup>59</sup> Es ist offensichtlich, dass es dazu des politischen Willens der Organe bedarf. Bislang wurden keine entsprechenden Maßnahmen ergriffen.

<sup>58</sup> Verordnung Nr. 259/68/EWG zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 56 vom 4.3.1968 – English Special Edition 1968, 1. Dezember 1972, mehrmals geändert; konsolidierte Fassung verfügbar unter [http://ec.europa.eu/civil\\_service/docs/toc100\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_de.pdf).

<sup>59</sup> Siehe Christa Tobler (2000), Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam, European Journal of Law Reform 2000, 135-153.

Folglich muss festgestellt werden, dass im aktuellen EU-Recht Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck weder im primären noch im sekundären Recht in Erscheinung treten. Das heißt jedoch nicht, dass es derzeit diesbezüglich kein anwendbares EU-Recht gäbe: Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) kann die Diskriminierung gegen transsexuelle Menschen unter bestimmten Umständen einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts gleichkommen.

## 2. Rechtsprechung des EuGH zur Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung

### 2.1. Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Bislang hat der Gerichtshof in drei Rechtssachen, nämlich *P. gegen S.*<sup>60</sup> (entschieden 1996), *K.B.*<sup>61</sup> (entschieden 2004) und *Richards*<sup>62</sup> (entschieden 2006) befunden, dass die Diskriminierung von Menschen, die beabsichtigen, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, sich gerade einer solchen unterziehen oder bereits unterzogen haben, einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts gleichkommen kann.

In der Rechtssache *P. gegen S.* entschied der Gerichtshof, dass die Entlassung einer transsexuellen Person wegen einer Geschlechtsangleichung eine in Artikel 5 Absatz 1 der damaligen Richtlinie 76/207 verbotene Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts darstellt.<sup>63</sup> Die Rechtssache betraf die Mann-zu-Frau-Transsexuelle P., die im Hinblick auf Chromosomen und körperliche Eigenschaften als Mann geboren war, sich aber psychisch als Frau fühlte. Um eine einheitliche Identität zu erlangen, unterzog sich P. Operationen zur Geschlechtsangleichung und änderte ihre körperlichen Merkmale so weit wie möglich, um zur Frau zu werden. P. war als Geschäftsführer in einer Bildungseinrichtung tätig und wurde im Verlauf des Geschlechtsangleichungsverfahrens entlassen (P. erhielt die Kündigung bevor der abschließende operative Eingriff erfolgte. Die Kündigung wurde aber erst nach dieser Operation wirksam). P. erhob Klage mit der Begründung, sie sei Opfer einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden. Das mit der Klage befasste britische Gericht entschied, dass der wahre Grund für die Entlassung das Vorhaben von P. war, das Geschlecht zu wechseln. In einem Ersuchen um Vorabentscheidung fragte das Gericht den Gerichtshof, ob ein solcher Fall unter das damalige Recht der EG (nach Lissabon: EU) zur Geschlechtergleichbehandlung fällt, insbesondere unter die Richtlinie 76/207. Artikel 5 Absatz 1 dieser Richtlinie fordert, dass in Bezug auf eine Entlassung „Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden“. Der Gerichtshof vertrat die folgende Ansicht:

...„kann der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben. In Anbetracht ihres Gegenstands und

<sup>60</sup> EuGH, Rechtssache C-13/94 *P gegen S und Cornwall Council*, Slg. 1996, I-2143.

<sup>61</sup> EuGH, Rechtssache C-117/01 *K.B. gegen National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Slg. 2004, I-541.

<sup>62</sup> EuGH, Rechtssache C-423/04 *Sarah Margaret Richards gegen Secretary of State for Work and Pensions*, Slg. 2006, I-3585.

<sup>63</sup> Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 39/40, 1976, im Folgenden geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269/15, 2002. Inzwischen wurde die Richtlinie durch die sogenannte Neufassungsrichtlinie, Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204/23, 2002 ersetzt.

der Natur der Rechte, die sie schützen soll, hat die Richtlinie auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache, wie im vorliegenden Fall, in der Geschlechtsangleichung des Betroffenen haben. Denn solche Diskriminierungen beruhen hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen. Wenn also eine Person entlassen wird, weil sie beabsichtigt, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, oder sich ihr bereits unterzogen hat, wird sie im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt. Würde eine solche Diskriminierung toleriert, so liefe dies darauf hinaus, dass gegenüber einer solchen Person gegen die Achtung der Würde und der Freiheit verstoßen würde, auf die sie Anspruch hat und die der Gerichtshof schützen muss. Ihre Entlassung ist unter diesen Umständen als unvereinbar mit Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie anzusehen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die fragliche Entlassung gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie gerechtfertigt werden konnte. Die Akten enthalten jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass dies im Ausgangsfall zutraf. Aus dem Vorstehenden folgt, dass auf die Fragen des Industrial Tribunal zu antworten ist, dass Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie im Hinblick auf das mit der Richtlinie verfolgte Ziel der Entlassung einer transsexuellen Person aus einem mit der Angleichung ihres Geschlechts zusammenhängenden Grund entgegensteht.“ (*P. gegen S.*, Randnr. 20-24).

In dem nachfolgenden Urteil *Grant* (Randnr. 41 und 42)<sup>64</sup> fasste der Gerichtshof seine Begründung in *P. gegen S.* folgendermaßen zusammen:

„... hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die Bestimmungen der Richtlinie, die Diskriminierungen zwischen Männern und Frauen verbieten, nur eine für ihren begrenzten Bereich geltende Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes sind, der eines der Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts darstellt. Nach Auffassung des Gerichtshofes spricht dieser Umstand gegen eine enge Auslegung dieser Bestimmungen und führt zu ihrer Anwendung auf Diskriminierungen, die ihre Ursache in einer Geschlechtsangleichung des Arbeitnehmers haben. Der Gerichtshof hat die Ansicht vertreten, dass solche Diskriminierungen in Wirklichkeit hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich auf dem Geschlecht der betroffenen Person beruhen. [...] diese Diskriminierungen ebenso zu verbieten sind wie die Diskriminierungen aufgrund der Zugehörigkeit einer Person zu einem bestimmten Geschlecht [...]“

In der Rechtssache *K.B.* unterschieden sich sowohl die Fakten als auch die Herangehensweise des Gerichtshofs von denen in der Rechtssache *P. v S.* In *K.B.* war eine weibliche Angestellte des National Health Service (NHS) im Vereinigten Königreich betroffen, deren Lebensgefährte ein Frau-zu-Mann-Transsexueller war. Nach dem nationalen Recht konnte dieser Partner im Personenstandsregister nicht als Mann eingetragen werden und folglich konnte das Paar nicht heiraten. Der NHS teile ihm mit, dass er, sollte er die Angestellte überleben, keine Witwenrente beanspruchen könne, da eine Witwenrente nur zugunsten des überlebenden Ehegatten vorgesehen ist. Auf die Frage, ob dies gemäß dem damaligen EG-Recht einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleichkäme, stellte der Gerichtshof zuerst fest, dass die Entscheidung, bestimmte Vorteile verheirateten Paaren vorzubehalten und alle davon auszuschließen, die zusammenleben, ohne verheiratet zu sein, nicht *per se* eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Der Gerichtshof fügte jedoch hinzu, dass in einer Lage, wie sie im Ausgangsverfahren gegeben ist, dennoch eine Ungleichbehandlung besteht, die, auch wenn sie nicht unmittelbar an der Inanspruchnahme eines durch das Gemeinschaftsrecht geschützten Rechts hindert, eine der dafür bestehenden Voraussetzungen berührt, nämlich die Fähigkeit, miteinander die Ehe einzugehen. Der EuGH verwies dann auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der Transsexuellen das Recht zuerkannt hat, eine Ehe einzugehen. Vor diesem Hintergrund vertrat der Gerichtshof die Ansicht, dass „eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die es einem Paar wie den Klägern unter Verstoß gegen die EMRK unmöglich macht, miteinander die Ehe einzugehen und so die Voraussetzung dafür zu erfüllen, dass dem einen von ihnen ein Bestandteil des Entgelts des anderen gewährt werden kann, [...] grundsätzlich als mit den Anforderungen des Artikels 141 EG unvereinbar anzusehen [ist]“ (*K.B.*, Randnr. 34; nach Lissabon ist Artikel 141 EG

<sup>64</sup> EuGH, Rechtssache C-249/96 *Grant gegen South-West Trains Ltd.*, Slg. 1998, I-621.

Artikel 157 AEUV). Der Gerichtshof fügte jedoch hinzu, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsangleichung einer Person festzulegen.

In der Rechtssache *Richards* ging es um die Weigerung, einer Transsexuellen, die sich einer operativen Geschlechtsangleichung von Mann zur Frau unterzogen hatte, mit dem 60. Lebensjahr eine Ruhestandsrente zu gewähren, da das Rentenalter für vor dem 6. April 1950 geborene Männer bei 65 Jahren lag. Das Gericht stellte fest: Der Anwendungsbereich der einschlägigen Richtlinie zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kann „nicht auf Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht ergeben. In Anbetracht ihres Gegenstands und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, hat die Richtlinie auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache in der Geschlechtsangleichung des Betroffenen haben“ (*Richards*, Randnr. 24). Der Gerichtshof erklärte, dass die streitgegenständliche Ungleichbehandlung darauf beruht, dass es Frau Richards nicht möglich ist, für die Anwendung der Ruhestandsbestimmungen des Vereinigten Königreichs die Anerkennung der durch eine Operation erworbenen neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erlangen und stellte Folgendes fest (*Richards*, Randnr. 29 und 30): „Anders als die Frauen, deren Geschlechtszugehörigkeit nicht das Ergebnis einer operativen Geschlechtsangleichung ist und die mit 60 Jahren eine Ruhestandsrente erhalten können, ist Frau Richards nicht in der Lage, eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf diese Rente, nämlich diejenige in Bezug auf das Rentenalter, zu erfüllen. Da die Ungleichbehandlung, die Frau Richards betraf, ihren Ursprung in der Geschlechtsangleichung hat, ist sie als eine durch Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 verbotene Diskriminierung anzusehen.“ Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7<sup>65</sup> „dahin auszulegen ist, dass er Rechtsvorschriften entgegensteht, die einer Person, die sich gemäß den Voraussetzungen des nationalen Rechts einer Geschlechtsangleichung vom Mann zur Frau unterzogen hat, die Gewährung einer Ruhestandsrente versagen, weil sie noch nicht das 65. Lebensjahr erreicht hat, während diese Person mit 60 Jahren Anspruch auf eine solche Rente gehabt hätte, wenn sie nach dem nationalen Recht als Frau anzusehen gewesen wäre.“ (*Richards*, Randnr. 38).

Die Tatsache, dass die Diskriminierung von Menschen, die beabsichtigen, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, sich gerade einer solchen unterziehen oder bereits unterzogen haben, einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleichkommen kann, bedeutet, dass man sich im Anwendungsbereich des einschlägigen EU-Rechts auf das Verbot dieser Art der Diskriminierung verlassen kann. Zum einschlägigen EU-Recht zählen insbesondere Themen wie Arbeit und Beschäftigung,<sup>66</sup> gesetzliche und betriebliche soziale Sicherheit,<sup>67</sup> selbständige Erwerbstätigkeit<sup>68</sup> und Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6/24, 1979.

<sup>66</sup> Artikel 157 AEUV sowie Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204/23, 2006.

<sup>67</sup> Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6/24, 1979. Diese Richtlinie betrifft die gesetzliche Sozialversicherung im Gegensatz zur betrieblichen Sozialversicherung und die Neufassungsrichtlinie (siehe die voranstehende Fußnote) für die betriebliche Altersversorgung.

<sup>68</sup> Richtlinie 86/613/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit - auch in der Landwirtschaft - ausüben, sowie über den Mutterschutz, ABl. L 359/56, 1986. Mit Wirkung vom 5. August 2012 wird diese Richtlinie durch die Richtlinie 2010/41/EU zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG ersetzt; ABl. L 180/1, 2010.

<sup>69</sup> Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373/37, 2004.

Elijah | 2008

## 2.2. Der konzeptionelle Ansatz des Gerichtshofs

Wenn man den konzeptionellen Ansatz, der den Urteilen des Gerichtshofs in den vorgenannten Geschlechtsangleichungsfällen zugrunde liegt, mit den traditionelleren Diskriminierungsfällen aufgrund des Geschlechts vergleicht, stellt dieser eine ziemliche Herausforderung dar. Im vorliegenden Zusammenhang lohnt es sich, diesen Aspekt und die Wahl der passenden Vergleichsperson (siehe nachfolgend 2.3) ausführlich zu behandeln, da diese Aspekte bei der Gesamtbewertung des aktuellen EU-Rechts zur Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks und bei den für zukünftiges EU-Recht zu unterbreitenden Vorschlägen eine Rolle spielen.

Nach der Entscheidung in der Rechtssache *P. gegen S.* überraschte das Urteil nur wenige Kommentatoren nicht. Zu ihnen zählt beispielsweise Pallaro<sup>70</sup>. Während er den Gerichtshof lobte, weil dieser ein dringliches menschliches Bedürfnis erkannt hat und weil er die Rechte von Personen anerkannte, die „sein und nicht nur so erscheinen möchten“ (*volere „essere“; al di là del mero apparire*), befand er den Ansatz des Gerichtshofs für „rechtlich strikt“ (*giuridicamente rigorosa*; ähnlich More:<sup>71</sup> „eine einfache Anwendung der Bestimmungen zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“).<sup>72</sup> Im Gegensatz dazu basierte das Urteil in der Rechtssache *P. gegen S.* nach Ansicht der meisten Kommentatoren auf einem grundlegend neuen Ansatz zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (was in den Augen mancher große Hoffnungen für andere Arten der Diskriminierung, insbesondere für die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung weckte; z. B. Barnard,<sup>73</sup> McInnes,<sup>74</sup> Campbell/Lardy<sup>75</sup> – das Urteil des Gerichtshofs in der nachfolgenden Rechtssache *Grant* machte jedoch deutlich, dass diese Hoffnungen zu hoch gegriffen waren – zumindest zu dem Zeitpunkt).<sup>76</sup>

Für die vorliegenden Zwecke besonders interessant ist die Ansicht, dass *P. gegen S.* von Seiten des Gerichtshofs einen echten geschlechtsbezogenen Ansatz darstellt, insbesondere die Anerkennung, dass das Geschlecht nicht nur ein biologisches Phänomen ist, sondern auch von traditionellen Geschlechtsrollen bestimmt wird. Campbell und Lardy<sup>77</sup> beispielsweise waren der Ansicht, das Urteil könne bedeuten, dass Einzelpersonen vor einer benachteiligenden Behandlung geschützt werden sollten, die damit zusammenhängt, dass sie die aktuelle Wahrnehmung der Gesellschaft bezüglich der unterschiedlichen Rollen und Verhaltensweisen, die für Männer und Frauen angemessen sind, nicht teilen (siehe auch Skidmore,<sup>78</sup> McInnes).<sup>79</sup> Andere dagegen erklärten den Ausgang der Rechtssache *P. gegen S.* gerade mit der Tatsache, dass Transsexuelle, die sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen, diese sozialen Rollen und Erwartungen an Männer und Frauen eben nicht in Frage stellen, da sie eine dieser Rollen vollständig

<sup>70</sup> Paolo Pallaro (1998), *Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, fra transsessualismo e libertà di orientamento sessuale*, Diritto Comunitario e degli scambi internazionali 1998, 609-619, auf S. 615/616.

<sup>71</sup> Gillian More (1999), *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?*, in: Paul Craig & Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford 1999, 517-553, auf S. 545.

<sup>72</sup> Bezugnahme auf: C. Stychin (1997), *Troubling Genders: A Comment on P v S and Cornwall County Council*, International Journal of Discrimination and the Law 1997, 217-230.

<sup>73</sup> Catharine Barnard (1997), *Kyte Flying or a New Constitutional Approach?*, in: Alan Dashwood & Síofra O’Leary (Hrsg.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London/Dublin/Hong Kong: Sweet & Maxwell 1997, 59-79, auf S. 59 und 72 f.

<sup>74</sup> John McInnes (1999), (Fallnotiz zu *Grant*), Common Market Law Review 1999, 1043-1058, auf S. 1052.

<sup>75</sup> Angus Campbell & Heather Lardy (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, European Law Review 1996, 412-418, auf S. 417.

<sup>76</sup> Siehe z. B. Catherine Barnard (1999), *Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant v. South-West Trains*, in: Alan Dashwood/Angela Ward (eds), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 1, 1998, Oxford: Hart Publishing 1999, 147-173.

<sup>77</sup> Campbell & Lardy (1996), auf S. 416 f.

<sup>78</sup> Paul Skidmore (1997), *Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination*, Industrial Law Journal 1997, 51-61, auf S. 60.

<sup>79</sup> McInnes (1999), auf S. 1050/1051.



erfüllen wollen (Flynn,<sup>80</sup> Denys).<sup>81</sup> Nach Meinung der Autoren<sup>82</sup> hat das Urteil in der Rechtssache *P. gegen S.* nicht so sehr das grundlegende, der traditionellen Geschlechtsrolle zugrunde liegende Problem anerkannt, sondern eher die Tatsache, dass das Geschlecht nicht unbedingt ein festgelegtes persönliches Merkmal ist, das nicht geändert werden kann. Das würde dann bedeuten, dass der Gerichtshof die besondere Situation transsexueller Menschen anerkannt hat, die beabsichtigen, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, sich gerade einer solchen unterziehen oder bereits unterzogen haben und damit die beiden Möglichkeiten, ein bestimmtes Geschlecht zu *haben* (was bei den meisten Menschen der Fall ist) oder sich von einem Geschlecht in Richtung des anderen zu *entwickeln* (was bei Transsexuellen der Fall ist, die sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen). Auch wenn dies weniger umfassend als ein echter geschlechtsspezifischer Ansatz ist, ist es an sich schon bemerkenswert.<sup>83</sup>

Während *P. gegen S.* die erste und grundlegende Rechtssache zur Diskriminierung von Transsexuellen nach dem damaligen EG-Recht zu sein schien, ist es bemerkenswert, dass in der nachfolgenden Entscheidung in der Rechtssache *K.B.* nicht auf dieses Urteil verwiesen wurde. Tatsächlich ist die Begründung des Gerichtshofs in dieser zweiten Rechtssache eine ganz andere, da sie im Wesentlichen auf das in der EMRK garantierte Recht gestützt ist, eine Ehe einzugehen. Nach Foubert<sup>84</sup> bestätigte die Entscheidung des Gerichtshofs, dass letztendlich die Geschlechtsangleichung das entscheidende Differenzierungskriterium in den Transsexuelle betreffenden Rechtssachen war, die bislang vor dem Gerichtshof anhängig wurden; ein Kriterium, das vom Gerichtshof in den Schutzgrund Geschlecht mit einbezogen wurde. Abgesehen davon betreffen die von den Kommentatoren angemerkten Neuerungen Aspekte wie den Fokus, den der Gerichtshof auf die Voraussetzung des Arbeitsentgelts (d. h. die Erfordernis, Geld zu verdienen) gelegt hat, was eine Unterscheidung von anderen Rechtssachen über gleiches Entgelt bei gleichwertiger Arbeit (Canor)<sup>85</sup> begründet; die Tatsache, dass die streitgegenständliche Diskriminierung den Partner der Angestellten betraf und nicht die Angestellte selbst (Battaglia)<sup>86</sup> sowie dass sich die diskriminierende Handlung auf die Ausübung eines in der Richtlinie gewährten Rechts (nämlich das Recht auf gleiches Entgelt) nur mittelbar auswirkte (nämlich durch die anzuwendenden Bestimmungen zur Eheschließung; Violini).<sup>87</sup>

Dieses Element fehlt in der Rechtssache *Richards*, die – wie *P. gegen S.* – die Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung in Bezug auf einen einzelnen Arbeitnehmer betraf. Das Urteil des Gerichtshofs bestätigt, dass das einschlägige Diskriminierungsmerkmal tatsächlich die Geschlechtsangleichung ist, welches von dem Gerichtshof mit dem Kriterium „Geschlecht“ gleichgesetzt wird (Longo).<sup>88</sup>

<sup>80</sup> Leo Flynn (1997), (Fallnotiz zu *Grant*), *Common Market Law Review* 1997, 367-387, auf S. 381.

<sup>81</sup> Christine Denys (1999), *Homosexuality: a non-issue in Community law?*, *European Law Review* 1999, 419-425, auf S. 424.

<sup>82</sup> Siehe auch bereits Christa Tobler (2001), *Same-Sex Couples under EU Law*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2001, 269-286.

<sup>83</sup> Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es dennoch möglich ist, dass die Entlassung in der Rechtssache *P.* aufgrund einer Kombination der folgenden beiden Elemente erfolgte: Der Arbeitgeber mag sich an der Geschlechtsangleichung als solcher gestört haben (dem Prozess) und gleichzeitig an der Tatsache, statt eines männlichen Angestellten eine weibliche Angestellte zu bekommen (dem Ergebnis).

<sup>84</sup> Petra Foubert (2004), (Fallnotiz zu *K.B.*), *Sociaal-economische Wetgeving* 2004, 441-444, auf S. 442/443.

<sup>85</sup> Iris Canor (2004), (Fallnotiz zu *Grant*), *Common Market Law Review* 41, 1113-1125, auf S. 1118.

<sup>86</sup> Elisa Battaglia (2004), „Sesso“ e „orientamento sessuale“ nell’interpretazione dell’art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, *Il Diritto dell’Unione Europea* 2004, 599-618, auf S. 612; siehe nachfolgend IV.1.1.3.

<sup>87</sup> Lorenza Violini (2004), *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, *Quaderni costituzionali* 2004, 414-416, auf S. 415.

<sup>88</sup> Erik Longo (2006), *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, *Cuaderni costituzionali* 2006, 581-584, auf S. 583.



## 2.3. Wahl der passenden Vergleichsperson

Die am heftigsten diskutierte Frage bezüglich der vorgenannten Rechtsprechung war der Vergleich, auf dem der Gerichtshof das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gründete. Der historische Ausgangspunkt des EU-Rechts zur Gleichbehandlung der Geschlechter ist das Ziel einer gleichen Behandlung von Männern und Frauen. Eine ungleiche Behandlung stellt grundsätzlich eine Diskriminierung dar. Folglich muss eine Diskriminierung in einem bestimmten Fall durch den Vergleich der Behandlung des Klägers/der Kläger mit der Behandlung festgestellt werden, die Personen des anderen Geschlechts erhalten haben oder erhalten hätten. Des Weiteren stellt eine ungleiche Behandlung nur dann eine Diskriminierung dar, wenn die Situationen der beiden Gruppen, die miteinander verglichen werden, überhaupt vergleichbar sind. Es ist offensichtlich, dass viel davon abhängt, wie dieser Vergleich durchgeführt wird.

### 2.3.1. Der in *P. gegen S.* gemachte Vergleich – eine heftig diskutierte Frage

In *P. gegen S.* schien der Gerichtshof die eine Diskriminierung geltend machende transsexuelle Person nach der Geschlechtsangleichung mit einer Person des anderen Geschlechts zu vergleichen, bei der keine Geschlechtsangleichung vorgenommen worden war (tatsächlich schien die wirkliche Vergleichsperson die Klägerin selbst vor der Geschlechtsangleichung zu sein).<sup>89</sup> Später bewegte sich der Gerichtshof jedoch in eine andere Richtung, die es schwierig macht, zu verstehen, warum Diskriminierung aus Gründen einer Geschlechtsangleichung anhand des Rechts über geschlechtsspezifische Diskriminierung durchgesetzt werden sollte.

Der Ansatz des Gerichtshofs in *P. gegen S.* wurde in der akademischen Literatur heftig debattiert und einige Kommentatoren hatten Probleme, den Ansatz nachzuvollziehen. Tatsächlich waren manche der Ansicht, er basiere auf überhaupt keinem Vergleich. Generalanwalt Elmer beispielsweise interpretierte *P. gegen S.* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Grant* folgendermaßen: Sie sei „in entscheidender Weise von einer Auslegung des Grundsatzes der Gleichbehandlung entfernt, die auf dem herkömmlichen Vergleich zwischen einem weiblichen und einem männlichen Arbeitnehmer beruhte“, und er zog die Schlussfolgerung, dass gar kein Vergleich erforderlich sei. Stattdessen sollte das grundlegende Prinzip des Verbotes von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts so verstanden werden, dass sie „Diskriminierungen von Arbeitnehmern nicht nur aufgrund ihres eigenen Geschlechts, sondern auch aufgrund des Geschlechts ihrer Kinder, Eltern oder anderen Angehörigen ihrer Familie untersagt“ (*Grant*, Randnr. 15 und 16 der Stellungnahme des Generalanwalts in seinen Schlussanträgen; siehe auch Berthou & Masselot).<sup>90</sup> Ähnlich dachte Flynn<sup>91</sup>, dass „sich der Gerichtshof möglicherweise von einem aristotelischen Ansatz zur Gleichbehandlung und von der Erfordernis einer Vergleichsperson des anderen Geschlechts entfernen und in Richtung eines Ansatzes bewegen würde, der auf einer Analyse der Schlechterstellung und Benachteiligung basiert“. Gleichzeitig erkannte er jedoch an, dass das angesichts der nachfolgenden Rechtsprechung, die traditionellere

<sup>89</sup> Nach Barnards (1998, auf S. 157) schien die Interpretation von *P. gegen S.* auf einem Ansatz zu basieren, den sie als „geschlechtsbezogenen Ansatz“ bezeichnet. Ihre Unterscheidung zwischen dem (traditionelleren) diskriminierungsbezogenen Ansatz und dem (neuen) geschlechtsbezogenen Ansatz betrifft die Feststellung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Nach Barnard werden nur bei dem geschlechtsbezogenen Ansatz „beide Elemente“ des letztgenannten Begriffs „entpackt“. Begonnen wird mit der Frage, ob geschlechtsbezogene Kriterien vorliegen. Nur wenn diese Frage bejaht wird, wird nach dem Vorliegen einer ungünstigeren Behandlung gefragt. Nach dieser Einschätzung „erkannte“ der Gerichtshof in *P. gegen S.* an, dass „die Entlassung der transsexuellen Person hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht beruhte (Frage 1). Es wurde weiter ausgeführt, dass *P.* weniger günstig als eine Person des Geschlechts behandelt worden war, dem *P.* früher angehört hatte (Frage 2).“

<sup>90</sup> Katell Berthou & Annick Masselot (1998), *La CJCE et les couples homosexuels*, *Droit social* 1998, 1034-1039, auf S. 1035.

<sup>91</sup> Flynn (1997), auf S. 377/378.

Fälle der Gleichbehandlung der Geschlechter betraf, eher unwahrscheinlich sei. Nach Wintemute<sup>92</sup> schien die Randnummer 20 des Urteils auf eine Bereitschaft des Gerichtshofs hinzudeuten, auf eine vergleichsbasierte Prüfung zu verzichten, ähnlich wie in *Dekker*<sup>93</sup> (hier ging es um eine Diskriminierung wegen Schwangerschaft). Er sah jedoch auch, dass der Gerichtshof in Wirklichkeit einen Vergleich vornahm. Tatsächlich ist eine solche Schlussfolgerung angesichts des Wortlauts in Randnummer 21 („wird sie *im Vergleich* zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt“; Kursivdruck hinzugefügt) unvermeidbar.

Wer wurde aber dann mit wem verglichen? Genauer gesagt, war der Vergleich des Gerichtshofs „*interpersonell*“ (Vergleich zwischen unterschiedlichen Personen) oder „*intrapersonell*“ (Vergleich „innerhalb“ einer einzigen Person)?<sup>94</sup> Wie es scheint, hat P. vor dem nationalen Gericht selbst einen intrapersonellen Vergleich vorgeschlagen, nämlich zwischen ihrer Behandlung durch den Arbeitgeber, als sie als (nicht transsexueller) Mann wahrgenommen wurde, und ihrer Behandlung durch den Arbeitgeber, sobald dieser wusste, dass sie eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle war, die sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen würde.<sup>95</sup> Eine Reihe von Kommentatoren ging tatsächlich davon aus, dass der Gerichtshof diesen Vergleich herangezogen hat (z. B. Carolan:<sup>96</sup> „es wurde der Beschwerdeführerin gestattet, als ihre eigene Vergleichsperson zu fungieren“). Andere nahmen implizit an, dass es eine Art des interpersonellen Vergleichs gegeben habe. Sie waren jedoch uneinig zwischen wem verglichen wurde (z. B. Denys,<sup>97</sup> Wintemute).<sup>98</sup> Campbell/Lardy<sup>99</sup> merkten dagegen an, dass ein Vergleich gemacht wurde zwischen der Behandlung der Transsexuellen P. (einer Frau) und der Behandlung „die ein Mann allgemein unter ähnlichen Umständen erwarten könnte“. Sie schlossen daraus, dass keine individuelle Vergleichsperson herangezogen werden muss. Die Verfasser sind sich insbesondere angesichts der vom Gerichtshof in Randnummer 21 in *P. gegen S.* verwendeten Pluralform („im Vergleich zu *den Angehörigen*“; Kursivdruck hinzugefügt) einig, dass die Behandlung von Frau P. nicht nur mit ihrer früheren Behandlung als Herr P. verglichen wurde, sondern auch mit der von anderen Männern. Wie wir nachfolgend sehen werden, hat sich das jedoch mit der Rechtssache *Richards* geändert.

Eine weitere, mit dem vorgenannten Thema verbundene Frage ist, ob der Vergleich des Gerichtshofs *männlich/männlich* („intrageschlechtlich“) oder *weiblich/männlich* („intergeschlechtlich“) war. Flynn<sup>100</sup> verließ sich darauf, dass P. selbst nach der Operation nach britischem Recht noch ein Mann war und schloss daraus, dass der „Vergleich“ (der seiner Meinung nach nicht wirklich ein Vergleich war) in Wirklichkeit zwischen zwei Männern gezogen wurde (siehe auch Burrows).<sup>101</sup> Auch Wintemute<sup>102</sup> zog P.s chromosomales Geschlecht als Ausgangspunkt heran.<sup>103</sup> Die meisten Autoren stimmten jedoch dahingehend überein, dass der Vergleich des Gerichtshofs *männlich/weiblich*

<sup>92</sup> Robert Wintemute (1997), Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes, *Modern Law Review* 1997, 334-359, auf S. 340/341.

<sup>93</sup> EuGH, Rechtssache C-177/88 *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen*, Slg. 1990, I-3941.

<sup>94</sup> Terminologie nach Wintemute (1997), auf S. 341/342.

<sup>95</sup> Ebd.

<sup>96</sup> Bruce Carolan (1999), Hope fades for EU recognition of same-sex partnerships, *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland* 1999, 44-47, auf S. 45.

<sup>97</sup> Denys (1999), auf S. 422.

<sup>98</sup> Wintemute (1997), auf S. 341.

<sup>99</sup> Campbell & Lardy (1996), auf S. 415.

<sup>100</sup> Flynn (1997), auf S. 377 f.

<sup>101</sup> Norreen Burrows (1998), Sex and Sexuality in the European Court, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1998, 153-158, auf S. 154.

<sup>102</sup> Wintemute (1997), auf S. 341.

<sup>103</sup> In Wintemutes Terminologie ist das „chromosomale Geschlecht“ ein Aspekt des biologischen Geschlechts. Es verweist darauf, „ob eine Person chromosomal männlich (XY) oder weiblich (XX) ist oder einer anderen chromosomalen Kategorie angehört“. Das „körperliche Geschlecht“ (körperliche Geschlechtsmerkmale) scheint ein anderer Aspekt des biologischen Geschlechts zu sein. Wintemute unterscheidet das biologische Geschlecht vom „psychologischen Geschlecht“. Das letztgenannte bezieht sich darauf, ob sich eine Person unabhängig von ihren chromosomalen und körperlichen Geschlechtsmerkmalen als männlich, weiblich oder einer sonstigen Kategorie zugehörig empfindet; Wintemute (1997), auf S. 334.

(„intergeschlechtlich“ war; z. B. Bell,<sup>104</sup> Campbell/Lardy,<sup>105</sup> Carolan,<sup>106</sup> Denys,<sup>107</sup> McInnes).<sup>108</sup> Tatsächlich zeigt der Wortlaut in Randnummer 21 deutlich, dass der Gerichtshof einen intergeschlechtlichen Vergleich vornehmen wollte. Auch hier wird nachfolgend gezeigt, dass sich das später mit der Rechtssache *Richards* änderte.

Ein weiterer Punkt sollte angemerkt werden: In dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *P. gegen S.* werden postoperative transsexuelle Personen nicht als einer Kategorie zwischen Männern und Frauen zugehörig behandelt. Stattdessen hat sich der Gerichtshof klugerweise geweigert, sich auf die hochsensible Debatte einzulassen, ob Transsexuelle insbesondere nach einer Geschlechtsangleichung ein „drittes Geschlecht“ bilden (Campbell/Lardy).<sup>109</sup> Obwohl Brems<sup>110</sup> richtigerweise anmerkt, dass der Gerichtshof es sorgfältig vermeidet, in Bezug auf P. geschlechtsspezifische Indikatoren zu verwenden, impliziert der in Randnummer 21 gemachte Vergleich, dass der Gerichtshof den Wunsch von P. respektiert, als Frau betrachtet zu werden.<sup>111</sup> Die Autoren stimmen der Ansicht von McInnes<sup>112</sup> zu, dass die Bedeutung des vom Gerichtshof in der Rechtssache *P. gegen S.* gewählten Ansatzes darin liegt, dass das Augenmerk auf der von dem Transsexuellen geltend gemachten Geschlechtsidentität liegt und nicht auf seinem/ihrer biologischen oder rechtlichen Geschlecht (siehe auch Skidmore).<sup>113</sup> Tatsächlich ist die Debatte über das Geschlecht postoperativer transsexueller Personen nur vor dem Hintergrund einer angenommenen Dichotomie von zwei eindeutig definierten und unveränderlichen Geschlechtern möglich. Generalanwalt Tesauro wies die Auffassung zurück, dass im Fall einer Person, die sich einer Geschlechtsangleichung unterzieht, keine Diskriminierung „zwischen den Geschlechtern“ vorliegt, indem er feststellte: „Unter diesem Gesichtspunkt käme die Behauptung, die Schlechterbehandlung von P. sei deshalb nicht aufgrund des Geschlechts erfolgt, weil sie auf den Wechsel des Geschlechts zurückzuführen sei oder weil man in diesem Fall nicht von einer Diskriminierung zwischen den Geschlechtern sprechen könne, einem spitzfindigen hermeneutischen Formalismus gleich, der die wahre Substanz dieses grundlegenden und unverzichtbaren Wertes der Gleichheit preisgeben würde.“ (*P. v S.*, Randnr. 20 der Schlussanträge des Generalanwalts). Expliziter ist es bei Hauser ausgedrückt<sup>114</sup>, der es paradox fand, einer transsexuellen Person, die sich einer Geschlechtsangleichung unterzog, unter dem Vorwand, dass er oder sie weder dem einen noch dem anderen Geschlecht angehöre und folglich a priori nicht „diskriminierbar“ sei (*“sous prétexte qu’il n’était ni d’un sexe ni de l’autre donc a priori “non discriminable”*), den Schutz des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu verwehren.

Schließlich haben viele Kommentatoren den Gerichtshof gelobt, weil er nicht auf den sogenannten symmetrischen Vergleich zurückgegriffen hat. Dabei handelt es sich um einen Vergleich zwischen der Behandlung der Mann-zu-Frau-Transsexuellen P. mit der Behandlung, die eine Frau-zu-Mann-Transsexuelle erfahren hätte. Diese Kommentatoren wiesen darauf hin, dass in dem Fall wegen der sogenannten „Situation des gleichen Leids“

<sup>104</sup> Mark Bell (1999), *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, *European Law Journal* 1999, 63-81, auf S. 66.

<sup>105</sup> Campbell & Lardy (1996), auf S. 414/415.

<sup>106</sup> Carolan (1999), auf S. 45.

<sup>107</sup> Denys (1999), auf S. 422.

<sup>108</sup> McInnes (1999), auf S. 1051/1052.

<sup>109</sup> Campbell & Lardy (1996), auf S. 416.

<sup>110</sup> Eva Brems (1998), (Fallnotiz zu *P. gegen S.*), *Columbia Journal of European Law* 1998, 339-345, auf S. 339, Fußnote 1.

<sup>111</sup> Vergleiche jedoch Flynn (1997), auf S. 379, der feststellt, dass „der Gerichtshof nie darauf hinweist, dass P. im Sinne des Gemeinschaftsrechts eine Frau sei“. Siehe auch Campbell & Lardy (1996), auf S. 414, nach deren Meinung die Analyse des Gerichtshofs „nicht die Klassifizierung von P. als Mann oder Frau als Ausgangspunkt nahm“ und die die Ansicht vertreten, dass die letztendliche Entscheidung zugunsten von P. nicht auf einer Bestätigung des von P. bevorzugten Geschlechtsstatus basierte. Für Beispiele der britischen Rechtssachen, in denen das Gericht nach dem suchte, was es als das „wahre Geschlecht“ einer Person verstand, siehe Skidmore (1997), auf S. 53.

<sup>112</sup> McInnes (1999), auf S. 1052.

<sup>113</sup> Skidmore (1997), auf S. 59.

<sup>114</sup> Jean Hauser (1996), (Fallnotiz zu *P. gegen S.*), *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, 579, auf S. 579.

keine unterschiedliche Behandlung stattgefunden hätte: Mann-zu-Frau-Transsexuelle wären im Fall einer Geschlechtsangleichung ebenfalls entlassen worden (z. B. Barnard,<sup>115</sup> Carolan,<sup>116</sup> Helfer,<sup>117</sup> Skidmore,<sup>118</sup> Wintemute).<sup>119</sup> In *P. gegen S.* ist der Gerichtshof überhaupt nicht darauf eingegangen und es kann spekuliert werden, was das Urteil diesbezüglich bedeutet. Hat der Gerichtshof Frau-zu-Mann-Transsexuelle zu der allgemeinen Gruppe der „Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde“ (Randnr. 21) hinzugezählt? Wenn ja, warum hat das Argument des gleichen Leids den Gerichtshof nicht davon abgehalten, eine Diskriminierung festzustellen? Die einfachste Antwort auf diese Fragen - und zugegebenerweise eine nicht unwahrscheinliche - ist, dass es dem Gerichtshof angesichts der puren Offensichtlichkeit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in einem Fall wie dem von *P.* egal war. Nachdem Generalanwalt Tesauro die allgemeine Korrektheit der symmetrischen Annahme in Frage gestellt hat, fuhr er fort: „Eines ist jedoch nicht nur möglich, sondern sicher: *P.* wäre nicht entlassen worden, wenn sie ein Mann geblieben wäre. Wie kann man daher behaupten, dass es sich nicht um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt? Wie kann man leugnen, dass das diskriminierende Kriterium gerade und nur das Geschlecht ist?“ (Randnr. 18 der Schlussanträge des Generalanwalts). Anders ausgedrückt: Was für Verdienste das symmetrische Argument auch haben mag, in einem solchen Fall spielt es keine Rolle, denn es ist aufgrund der spezifischen Sachlage offensichtlich, dass das Geschlecht des Arbeitnehmers der Grund für seine schlechtere Behandlung ist. Es ist gut möglich, dass der Gerichtshof mit dem Generalanwalt übereinstimmte und dementsprechend das offensichtliche Vorliegen dieser Diskriminierung anerkennen wollte.

Das könnte darauf hinweisen, dass der Gerichtshof gewillt war, sich auf den Kernpunkt der Diskriminierungsfrage zu konzentrieren, nämlich auf die Diskriminierung als ein echtes soziales Phänomen, statt sich der weitverbreiteten Besessenheit nach Schemata mit fast mathematischen Qualitäten zur rechtlichen Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu unterwerfen. Natürlich ist der Wunsch nach klaren und einfach anzuwendenden Schemata vom Gesichtspunkt der rechtlichen Sicherheit verständlich. Andererseits passen manche Fälle nicht einfach in solche Schemata und sind dennoch Diskriminierungsfälle. Das Beharren darauf, dass ein bestimmtes Schema unter allen Umständen auf genau dieselbe Weise angewendet werden muss, kann gerade das angestrebte Ziel des Antidiskriminierungsrechts gefährden. Ein solcher Ansatz ist also nicht immer angebracht. *P. gegen S.* ist ein gutes Beispiel (genau wie der Fall der nachteiligen Behandlung wegen einer Schwangerschaft). Es ist diese Offensichtlichkeit, die die Rechtssachen *P. gegen S.* und *Dekker*<sup>120</sup> verbindet (Tobler).<sup>121</sup> Die beiden Fälle hatten jedoch unterschiedliche Folgen. Nach *Dekker* können Diskriminierungen aufgrund einer Schwangerschaft ohne Vergleich aufgezeigt werden. Das Ergebnis der Rechtssache *P. gegen S.* basiert dagegen tatsächlich auf einem Vergleich. Es sollte betont werden, dass die offensichtliche Natur der Diskriminierung in diesem Fall in den sehr spezifischen Besonderheiten der Situation einer transsexuellen Person begründet ist, die sich einer Geschlechtsangleichung unterzieht. Nur in diesem Fall kann man sagen: „Sie wäre nicht entlassen worden, wenn sie ein Mann geblieben wäre.“

<sup>115</sup> Catherine Barnard (1998), *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke und Marshall: Four Uneasy Bedfellows?*, Cambridge Law Journal 1998, 352-377, auf S. 365.

<sup>116</sup> Carolan (1999), auf S. 45.

<sup>117</sup> Larry Helfer (1999), (Fallnotiz zu *Grant*), Common Market Law Review 1999, 200-205, auf S. 202.

<sup>118</sup> Skidmore (1997), auf S. 60.

<sup>119</sup> Wintemute (1997), auf S. 351.

<sup>120</sup> In der Rechtssache *Dekker* (Randnr. 25 der Schlussanträge des Generalanwalts), schrieb Generalanwalt Darmon: „Die Mutterschaft kann stets — verzeihen Sie mir diese Binsenweisheit — nur Frauen betreffen; wird ihretwegen die Einstellung einer Arbeitnehmerin abgelehnt, so liegt naturgemäß eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.“

<sup>121</sup> Christa Tobler (2005), *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia, auf S.46 f.

### 2.3.2. Der Vergleich in K.B. und in Richards und der seitdem anzuwendende Test

Verglichen mit der Rechtssache *P. gegen S.* haben die Vergleiche des Gerichtshofs in den Rechtssachen *K.B.* und *Richards* für deutlich weniger Diskussionen gesorgt, obwohl es auch hier interessante Feststellungen zu machen gibt.

In *K.B.* ist es bemerkenswert, dass der Gerichtshof nicht die Behandlung von Angestellten als Individuen verglich, sondern die Behandlung von Paaren, bei denen einer der Partner Angestellter ist (Battaglia,<sup>122</sup> Violoni,<sup>123</sup> Valvo,<sup>124</sup> auch Tomasi).<sup>125</sup> Genauer gesagt verglich der Gerichtshof die Behandlung heterosexueller Paare, bei denen die Identität keiner der beiden Partner das Ergebnis einer operativen Geschlechtsangleichung ist, mit der Behandlung von Paaren, bei der die Identität des einen Partners dazu geführt hat, dass eine Geschlechtsangleichung beabsichtigt ist, gerade durchgeführt wird oder bereits durchgeführt wurde.<sup>126</sup> Dieser paarbasierte Ansatz ist spezifisch für die Rechtssache *K.B.* und wird nicht in den anderen Entscheidungen des Gerichtshofs zur Geschlechtsangleichung reflektiert (aber in Fällen, die Paare und eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung betreffen; *Maruko*,<sup>127</sup> *Römer*).<sup>128</sup> Wie Lynskey<sup>129</sup> anmerkt, bewegt sich der Gerichtshof in *K.B.* weg von einem direkten Vergleich zwischen Männern und Frauen. Nach diesem Kommentator liegt hier das entscheidende Element des vom Gerichtshof gewählten Ansatzes in der Anerkennung des Geschlechts von Frau K.B.s Partner nach der Geschlechtsangleichung, da das betreffende Paar ansonsten ein gleichgeschlechtliches Paar gewesen wäre (siehe auch Battaglia).<sup>130</sup>

Bei allen drei Entscheidungen des Gerichtshofs wurde das Geschlecht des Beschwerdeführers nach der Geschlechtsangleichung berücksichtigt. Das änderte sich später in *Richards*. Diese Rechtssache basiert jedoch wieder auf einem Vergleich zwischen Menschen als Individuen und nicht als Paare. In *Richards* hat der Gerichtshof festgestellt, dass Rechtssachen, bei denen es um die Diskriminierung transsexueller Personen aufgrund einer erfolgten Geschlechtsangleichung geht, nicht basierend auf einem Vergleich zwischen Männern und Frauen analysiert werden müssen, sondern basierend auf einem Vergleich zwischen der transsexuellen Person nach der Operation und einer Person desselben Geschlechts, deren Geschlecht nicht das Ergebnis einer geschlechtsangleichenden Operation ist.

Nach *Richards* scheint es eindeutig zu sein, dass sich der durchzuführende Vergleich seit *P. gegen S.* geändert hat (Lynskey).<sup>131</sup> Ausgehend von dem vorstehend genannten Umstand, dass der Gerichtshof den Wunsch des Transsexuellen achten möchte, nach der geschlechtsangleichenden Operation dem geänderten Geschlecht

<sup>122</sup> Battaglia (2004), auf S. 602.

<sup>123</sup> Violini (2004), auf S. 416.

<sup>124</sup> Anna Lucia Valvo (2004), (Fallnotiz zu *K.B.*), *Rivista della cooperazione giuridica internazionale* 2004, 173-175, 175.

<sup>125</sup> Laura Tomasi (2004), „Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario“, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, 977-998.

<sup>126</sup> Dieser Ansatz führte prompt dazu, dass einige Kommentatoren den Gerichtshof rügten, da er in einem Rechtsgebiet tätig wurde (d.h. dem Eherecht), der an sich nicht Teil des EU-Rechts ist und sich folglich außerhalb seiner Zuständigkeit befindet; María Elósegui Itxaso (2004), *El TJCE y el matrimonio de transsexuales. Una interpretación "ultra vires"*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de enero de 2004, *K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, Asunto C-117/01, Unión Europea* 2004, 13-24. Die Tatsache, dass die EU im Bereich des Eherechts keine Zuständigkeit hat, hindert die Ehe jedoch nicht daran, im EU-Recht relevant zu sein; siehe Christa Tobler (2001), „Der Begriff der Ehe im EG-Recht“, *Die Praxis des Familienrechts* 2001, 479-499.

<sup>127</sup> EuGH, Rechtssache C-267/06 *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Slg. 2008, I-1757.

<sup>128</sup> EuGH, Rechtssache C-147/08 *Jürgen Römer gegen Freie und Hansestadt Hamburg*, Urteil vom 10. Mai 2011, noch nicht veröffentlicht.

<sup>129</sup> O. Lynskey (2006), (Fallnotiz zu *Richards*), *Revue du Droit de L'Union Européenne* 2006, 462-466, auf S. 465.

<sup>130</sup> Battaglia (2004), auf S. 602.

<sup>131</sup> Ebd.

Nadie | 1993



anzugehören, findet der Vergleich technisch ausgedrückt nicht länger zwischen den Geschlechtern statt, sondern eher zwischen Personen desselben Geschlechts. Vom traditionellen Standpunkt des Rechts zur Geschlechtergleichbehandlung her gesehen, ist es eher schwierig nachzuvollziehen, warum solche Fälle die Gleichbehandlung der Geschlechter betreffen sollen. Die besprochene Rechtsprechung scheint bis zu einem bestimmten Grad nachzuvollziehen, dass es, wie Generalanwalt Tesauro feststellte, anerkannt werden muss, dass es jenseits der Dichotomie Mann/Frau eine ganze Reihe von Merkmalen, Verhaltensweisen und Rollen gibt, die bei Männern wie bei Frauen anzutreffen sind, so dass das Geschlecht eher als ein Kontinuum angesehen werden sollte (*P. v S.*, Randnr. 17 der Schlussanträge des Generalanwalts).

### 3. Mögliche zukünftige Entwicklungen der Rechtsprechung des EuGH: Wechsel zu anderen Aspekten der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks?

In den besprochenen Rechtssachen wird nicht argumentiert, dass eine Diskriminierung aufgrund der Transsexualität (und noch viel weniger aufgrund der Geschlechtsidentität und aufgrund des Geschlechtsausdrucks) vorliegt, die unter das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fällt, sondern es wurde nur der spezifische Fall der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung geltend gemacht, die in den drei Fällen offensichtlich ist.<sup>132</sup> Das ist offensichtlich nur ein besonderer Aspekt aus einem breiten Spektrum an Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks. Deshalb stellt sich die Frage, ob durch das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, wie es der Gerichtshof in der Transgender betreffenden Rechtsprechung auslegt, auch andere Aspekte abgedeckt sind, wie beispielsweise eine Diskriminierung von Transgendern oder anderen transsexuellen Menschen, die sich keiner Geschlechtsangleichung unterziehen möchten, sowie von Menschen, die sich anders präsentieren, als nach der ihnen bei der Geburt zugewiesenen Geschlechtsrolle zu erwarten wäre, und von intersexuellen Menschen.

Selbst in dem kleinen Bereich der Geschlechtsangleichung kann Verwirrung darüber auftreten, was genau eine Geschlechtsangleichung ist, d. h., was alles durch diese Kategorie von Fällen abgedeckt werden kann. In diesem Zusammenhang sollte angemerkt werden, dass sich keine der diskutierten Rechtssachen auf den operativen Status der Beschwerdeführer oder im Fall von *K.B.* des Partners der Beschwerdeführerin bezieht. Folglich ist hier Raum für Interpretationen.

Bei anderen Aspekten scheint es eindeutig zu sein, dass sie derzeit nicht ausdrücklich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs abgedeckt sind. Es könnte auch schwierig sein, eine Argumentation zu finden, die sie mit einschließt, so dass sie als Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts dargestellt werden könnten. Damit sie eingeschlossen werden können, müsste der Begriff „aus Gründen des Geschlechts“ weiter ausgelegt werden, als es der Gerichtshof bislang tut und stärker der von Generalanwalt Tesauro in *P. v S.* (Randnr. 17 der Schlussanträge des Generalanwalts) vorgenommenen Auslegung entsprechen: „[...] dass man über die traditionelle Einteilung hinausgehen und anerkennen müsse, dass es jenseits der Dichotomie Mann/Frau eine ganze Reihe von Merkmalen, Verhaltensweisen und Rollen gibt, die bei Männern wie bei Frauen anzutreffen sind, so dass das Geschlecht eher als ein Kontinuum angesehen werden sollte. Unter diesem Gesichtspunkt liegt es auf der Hand, dass es nicht richtig wäre, weiterhin ausschließlich diejenigen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu ahnden, die sich auf Männer und Frauen im traditionellen Sinne der Begriffe beziehen, und diejenigen nicht zu schützen, die gerade wegen ihres Geschlechts und/oder ihrer geschlechtlichen Identität ebenfalls schlechter behandelt werden.“ Mit anderen Worten: Eine solche Auslegung würde sich auf eine moderne Auffassung von Geschlecht stützen, statt nur auf das biologische Geschlecht.

<sup>132</sup> G.J.J. Heerma van Voss (1997), (Fallnotiz zu *P. gegen S.*), *Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten/NJCM Bulletin* 1997, 284-286, auf S. 286.

## 4. Anwendung bestehenden EuGH-Fallrechts in den EU-Mitgliedstaaten

Nach dem ausgiebigen Überblick über die Rechtsprechung des EuGH wenden wir uns jetzt der EU-Gesetzgebung zur Gleichbehandlung der Geschlechter zu und der Frage, inwieweit sie eine Diskriminierung wegen einer Geschlechtsangleichung abdecken. Danach wird die Qualität ihrer Umsetzung in nationales Recht geprüft.

### 4.1. Abdeckung der Geschlechtsangleichung durch die EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung der Geschlechter

Die Güter- und Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2004/113) wurde 2004 angenommen. Sie verbietet eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, zur Verfügung stehen. Die Richtlinie findet jedoch keine Anwendung auf Medien- und Werbeinhalte sowie das Bildungswesen.

Während der Verhandlungen zur Güter- und Dienstleistungsrichtlinie haben der Rat der Europäischen Union und die Europäische Kommission die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtsangleichung zur Kenntnis genommen. Während der Text der Güter- und Dienstleistungsrichtlinie zwar keine ausdrückliche Erwähnung der Geschlechtsangleichung enthält, haben der Rat und die Kommission jedoch eindeutig festgestellt, dass transsexuelle Personen unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Dies ist in dem Protokoll ihrer 2606. gemeinsamen Sitzung niedergelegt:

„Im Zusammenhang mit Artikel 3 und seiner Anwendung auf Transsexuelle verweisen der Rat und die Kommission auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache C-13/94 P. gegen S. und Cornwall County Council, in dem der Hof feststellt, dass das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, nicht auf Diskriminierungen beschränkt werden kann, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben; es hat sich auch auf Diskriminierungen zu erstrecken, die ihre Ursache in der Geschlechtsangleichung haben.“<sup>133</sup>

Zwei Jahre später wurde die Neufassungsrichtlinie (Richtlinie 2006/54) vom Europäischen Parlament und dem Rat mit dem Ziel angenommen, in einer Richtlinie die gesamten Rechtsvorschriften der EU zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit beim Zugang zur Arbeit einschließlich des beruflichen Aufstiegs und zur Berufsbildung; bei den Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts und bei betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit in einem Rechtsakt zusammenzuführen. Dieses Mal (und zum ersten Mal in Rechtsvorschriften der EU) wurde in den Erwägungsgründen der Richtlinie die Geschlechtsumwandlung ausdrücklich genannt. Erwägungsgrund 3:

„Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des natürlichen Geschlechts einer Person beschränkt werden kann. Angesichts seiner Zielsetzung und der Art der Rechte, die damit geschützt werden sollen, gilt er auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsumwandlung.“

Die Aufnahme dieser Bezugnahme in die Erwägungsgründe weist darauf hin, dass die Europäische Union das Fallrecht des EuGH zur Geschlechtsangleichung sichtbar machen und seine Umsetzung in den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sicherstellen wollte. Die EU ging jedoch nicht soweit, ausdrücklich zu fordern,

<sup>133</sup> 2606. Sitzung des Rates der Europäischen Union (Beschäftigung, Sozialpolitik und Verbraucherschutz) am 4. Oktober 2004 in Luxemburg, Entwurf eines Protokolls, Dokument Nr. 13369/04 vom 27. Oktober 2004, auf S. 7.



dass die Geschlechtsangleichung in den nationalen Rechtsvorschriften aufgeführt wird. Denn Erwägungsgründe in EU-Richtlinien erfordern keine direkte Umsetzung, da ihre Aufgabe die Feststellung des Zwecks und die Festlegung der Parameter des Haupttextes der Richtlinie ist. Es wurde von den Mitgliedstaaten folglich lediglich erwartet, dass sie die Bedeutung von Geschlecht in den nationalen Rechtsvorschriften so auslegen, dass die Geschlechtsangleichung abgedeckt ist.

## 4.2. Abdeckung der Geschlechtsangleichung in nationalen Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung der Geschlechter

Es ist ziemlich kompliziert, einen Überblick über die genaue Anwendung des Fallrechts des EuGH und der Umsetzung der beiden Richtlinien in Bezug auf die Geschlechtsangleichung zu erstellen. Im Jahr 2009 wurde vom Europäischen Netzwerk von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten auf dem Gebiet der Gleichstellung von Männern und Frauen unter den EU-27-Staaten und den EWR-Ländern eine Studie zur Ermittlung<sup>134</sup> der Umsetzung der Neufassungsrichtlinie durchgeführt. In der Studie wurde gefragt, ob die Neuerungen und/oder Klärungen, die im Rahmen des Neufassungsprozesses in die Richtlinie aufgenommen worden waren, in nationales Recht umgesetzt worden sind. Es wurde auch eine Frage speziell zur Geschlechtsangleichung gestellt. Es hat sich gezeigt, dass viele Mitgliedstaaten kein gründliches Umsetzungsverfahren durchgeführt haben (wenn überhaupt), da das wichtigste Ziel der Neufassungsrichtlinie eine Konsolidierung der bestehenden EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung zwischen Männern und Frauen im Bereich von Arbeit und Beschäftigung war. Die fehlende Umsetzung basierte auf der Annahme, dass alle Vorschriften bereits in nationales Recht umgesetzt worden seien.<sup>135</sup>

Weitere Studien zur Abdeckung und zur Auslegung der Geschlechtsangleichung in nationalen Rechtsvorschriften wurden sowohl von der FRA (zuletzt 2010)<sup>136</sup> als auch von EQUINET (2010) durchgeführt.<sup>137</sup> Beide Studien warfen etwas Licht auf das unterschiedliche Verständnis von Geschlechtsangleichung innerhalb der Europäischen Union und auf die Unterschiede zwischen einer weiten Abdeckung in einer Handvoll Länder, der fehlenden Klarheit über die Abdeckung in einigen anderen oder der vollständig fehlenden Abdeckung.

Zusätzlich zu den vorgenannten Studien wurde in Vorbereitung dieses Berichts im Mai 2011 ein Fragebogen unter den nationalen Gleichbehandlungsstellen verteilt, in dem gefragt wurde, ob: (i) die nationalen Rechtsvorschriften einen ausdrücklichen oder impliziten Schutz vor der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks enthalten, (ii) die nationale Gleichbehandlungsstelle dazu befugt ist, in Fällen der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks zu ermitteln, (iii) Transmenschen und/oder intersexuelle Personen der nationalen Gleichbehandlungsstelle Diskriminierungsfälle gemeldet haben, (iv) die nationale Gleichbehandlungsstelle Maßnahmen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen und intersexuellen Menschen ergriffen hat.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> Europäisches Netzwerk von Rechtsexpertinnen und Rechtsexperten auf dem Gebiet der Gleichstellung von Männern und Frauen (2009), *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC*, Brüssel: Europäische Kommission.

<sup>135</sup> Ebd., auf S. 1-7.

<sup>136</sup> Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2010).

<sup>137</sup> Europäisches Netzwerk der Gleichbehandlungsstellen (2009), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V.*, Brüssel: EQUINET.

<sup>138</sup> Alle entsprechenden nationalen Gleichbehandlungsstellen mit Ausnahme der maltesischen haben den Fragebogen beantwortet.

Jan | 1933

In den Mitgliedstaaten und den EWR-Ländern zeigt sich die folgende Situation bezüglich der Abdeckung von Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck (bis Ende Mai 2011):

**Tabelle 2**

Land	Implizit unter dem Grund Geschlecht schlecht abgedeckt	Eigenständiger Grund	Nationale Gleichbehandlungsstellen zur Bearbeitung der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung befugt	Transmenschen durch Nationale Gleichbehandlungsstellen abgedeckt <sup>139</sup>	Fälle, in deren Kenntnis die nationalen Gleichbehandlungsstellen gelangten	Spezifische Maßnahmen der nationalen Gleichbehandlungsstellen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen
<b>Österreich</b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	3 Fälle abgeschlossen	Konferenz zu Trans-Fragen organisiert (2009)
<b>Belgien<sup>140</sup></b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen: Transsexuelle ausdrücklich; andere ad hoc	81 Fälle (seit 2006); 1 Verfahren anhängig	Spezifische Forschung; Partnerschaft mit Trans-Organisationen
<b>Bulgarien</b>	Nein	Nein, offene Liste	Nicht gesetzlich	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	3 Fälle; 1 Fall anhängig	Keine
<b>Zypern</b>	Unklar	Nein	Nein (nur ad hoc)	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	3 Fälle; 2 Fälle anhängig	Keine
<b>Tschechische Republik</b>	Ja, sexuelle Identifizierung	Nein	Ja	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	Keine	Keine
<b>Dänemark</b>	Ja	Nein	Ja <sup>141</sup>	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	nicht angegeben	Trans-Organisation im Komitee der nationalen Gleichbehandlungsstelle
<b>Estland</b>	Ja	Nein	Ja (Auslegung der nationalen Gleichbehandlungsstelle)	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	1 Fall (seit 2005)	Keine
<b>Finnland<sup>142</sup></b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen und intersexuellen Menschen (Auslegung der nationalen Gleichbehandlungsstelle)	5-10 Fälle jährlich	Beratung der Regierung; Fokus auf Trans-Themen in 2011; Dialog mit Trans- und LGBTI-Organisationen

Land	Implizit unter dem Grund Gesetz schlecht abgedeckt	Eigenständiger Grund	Nationale Gleichbehandlungsstellen zur Bearbeitung der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung befugt	Transmenschen durch Nationale Gleichbehandlungsstellen abgedeckt <sup>139</sup>	Fälle, in denen Kenntnis die nationalen Gleichbehandlungsstellen gelangten	Spezifische Maßnahmen der nationalen Gleichbehandlungsstellen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen
<b>Frankreich</b>	Ja	Nein	Ja	Nur Transsexuelle, keine sonstigen Transmenschen	4 Fälle	Dialog mit Trans-Organisationen
<b>Deutschland</b>	Ja	Ja, sexuelle Identität	Unklar	Alle Transmenschen und intersexuellen Menschen (Auslegung der nationalen Gleichbehandlungsstelle)	114 Anfragen; 98 Fälle von Transmenschen, 16 von intersexuellen Personen. Bisher keine Entscheidungen	Forschung
<b>Griechenland</b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	2 Fälle (seit 2010)	Keine
<b>Ungarn</b>	Nein	Ja, sexuelle Identität	Ja, ausdrücklich	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	2 Fälle (seit 2005)	Keine
<b>Island</b>	Unklar	Nein	Ja	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	1 Fall (seit 2009)	Keine
<b>Irland</b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	1 Fall (entschieden 2011) <sup>143</sup>	Beratung der Regierung
<b>Italien</b>	Nein	Nein	Nein	Keine	nicht angegeben	Dialog mit Trans-Organisationen
<b>Lettland</b>	Unklar	Nein	Ja (Auslegung der nationalen Gleichbehandlungsstelle)	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	3 Fälle (seit 2006)	Keine
<b>Liechtenstein</b>	Nein	Nein	Nein	Keine	nicht angegeben	Keine
<b>Litauen</b>	Nein	Nein	Nein	Keine	nicht angegeben	Keine
<b>Luxemburg</b>	Unklar	Nein	Ja (Ratsbeschluss)	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	6 Fälle (seit 2008)	Dialog mit Trans-Organisationen
<b>Malta</b>	Nein	Nein	Nein	Keine	nicht angegeben	Keine

Land	Implizit unter dem Grund Geschlecht abgedeckt	Eigenständiger Grund	Nationale Gleichbehandlungsstellen zur Bearbeitung der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung befugt	Transmenschen durch Nationale Gleichbehandlungsstellen abgedeckt <sup>139</sup>	Fälle, in denen Kenntnis die nationalen Gleichbehandlungsstellen gelangten	Spezifische Maßnahmen der nationalen Gleichbehandlungsstellen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen
<b>Niederlande</b>	Ja	Nein	Ja	Alle Transmenschen (Auslegung der nationalen Gleichbehandlungsstelle)	22 Entscheidungen (seit 1998); 19 zu Transsexuellen, 1 zu Transgender, 1 zu Transvestit	Dialog mit Trans-Organisationen
<b>Norwegen</b>	Ja	Nein	Ja	Nur Transsexuelle, keine sonstigen Transmenschen	4 Fälle, 11 Informationsanfragen	Beratung der Regierung
<b>Polen</b>	Nein	Nein	Nicht ausdrücklich	Unklar	1 Fall (seit 2010)	Keine
<b>Portugal</b>	Nein	Nein	Nein (nur ad hoc)	Unklar	nicht angegeben	Keine
<b>Rumänien</b>	Nein	Nein, offene Liste	Nicht gesetzlich	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	nicht angegeben	Keine
<b>Slowakei</b>	Ja, Identifizierung mit dem biologischen oder sozialen Geschlecht	Nein	Ja, ausdrücklich	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	1 Fall (anhängig seit 2011), 2 Informationsanfragen	Keine
<b>Slowenien</b>	Ja	Nein, offene Liste	Nicht ausdrücklich	Alle Transmenschen können abgedeckt sein	2 Fälle (Grund der sexuellen Identität eingeführt)	Beratung der Regierung
<b>Spanien<sup>144</sup></b>	Ja	Ja, sexuelle Identität	Ja, ausdrücklich	Alle Transmenschen, ausdrücklich abgedeckt	nicht angegeben	nicht angegeben
<b>Schweden</b>	Ja	Ja, Transgender-Identität und -ausdruck	Ja, gesetzlich	Alle Transmenschen, ausdrücklich abgedeckt	25 Beschwerden mit spezifischem Grund. Wenige andere Fälle unter dem Grund „Geschlecht“	Arbeitsgruppe zu Trans-Themen, Aktionsplan (2009); Beratung der Regierung

Land		Implizit unter dem Grund Geschlecht abgedeckt	Eigenständiger Grund	Nationale Gleichbehandlungsstellen zur Bearbeitung der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung befugt	Transmenschen durch Nationale Gleichbehandlungsstellen abgedeckt <sup>139</sup>	Fälle, in denen Kenntnis die nationalen Gleichbehandlungsstellen gelangten	Spezifische Maßnahmen der nationalen Gleichbehandlungsstellen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen
Vereinigtes Königreich	Großbritannien	Nein	Ja, Geschlechtsangleichung	Ja, gesetzlich	Transsexuelle ausdrücklich abgedeckt, andere Transmenschen nicht	9 strategische Fälle; 200 Anfragen (seit 2009). 6 zusätzliche Fälle (Schottland).	Aufbau der Kapazitäten und Förderung von Trans-Organisationen; Überprüfung der Politik und der Gesetze; diverse spezifische Veröffentlichungen
	Nordirland	Ja	Nein	Ja	Nur Transsexuelle, keine sonstigen Transmenschen	1 außergerichtliche Einigung; diverse Anfragen	Beratung der Regierung

Die oben abgebildete Tabelle zeigt, dass es in Bezug auf die Abdeckung von Transmenschen durch die nationalen Rechtsvorschriften große Unterschiede innerhalb der Europäischen Union und den EWR-Ländern gibt. Die Tabelle zeigt auch, dass einige Staaten die im Fallrecht des EuGH festgesetzten Standards nicht einhalten, auch wenn seit 2009 gewisse Fortschritte zu verzeichnen sind:<sup>145</sup> Basierend auf den erhobenen Informationen scheinen Bulgarien, Italien, Liechtenstein, Litauen, Malta, Polen, Portugal und Rumänien den Grundsatz nicht zu erfüllen, bei der Auslegung von „Geschlecht“ die Geschlechtsangleichung mit einzubeziehen. Die Situation in Zypern, Island, Lettland und Luxemburg ist unklar und die Abdeckung hängt vollkommen von der Bereitschaft der jeweiligen nationalen Gleichbehandlungsstelle ab. Österreich, Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, die Niederlande, Nordirland, Norwegen und Slowenien scheinen die Anforderungen zu erfüllen, auch wenn sich keine ausdrücklichen Verweise in den Rechtsvorschriften finden. In der Tschechischen Republik und der Slowakei

<sup>139</sup> In vielen Fällen sind bislang noch keine Trans-Fälle, die keine Transsexuellen betreffen, vor den Gerichten oder nationalen Gleichbehandlungsstellen anhängig geworden. Die Abdeckung aller Transmenschen ist daher lediglich eine Annahme und zukünftige Entscheidungen engen die in diesem Dokument gegebene Auslegung möglicherweise ein.

<sup>140</sup> Die aktuellen Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung werden derzeit überprüft und es wird eine ausdrückliche Aufnahme des Grundes der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks in Betracht gezogen.

<sup>141</sup> Danish Institute for Human Rights, seit März 2011. Es liegen keine Informationen zur früheren Einrichtung vor.

<sup>142</sup> Ein neues Antidiskriminierungsgesetz ist in Vorbereitung. Es wird erwartet, dass es einen klaren Verweis auf sexuelle und geschlechtliche Minderheiten enthält.

<sup>143</sup> Gleichbehandlungstribunal, *Louise Hannon gegen First Direct Logistics Ltd.*, Entscheidung Nr. DEC-E2011-066, 29.03.2011.

<sup>144</sup> Gemäß der neuen *Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación*, angenommen Ende Mai 2011. Es wird eine neue Struktur der Gleichbehandlungsstellen geschaffen.

<sup>145</sup> Siehe 2009 Überblick und Karte in Fabeni & Agius, auf S. 21-23.

wurde der Grund „Geschlecht“ ausdrücklich ausgeweitet, so dass er die sexuelle Identifizierung (und im zweiten Fall die Geschlechtsidentifizierung) umfasst, während Deutschland, Großbritannien, Ungarn, Spanien und Schweden einen eigenständigen Grund haben, der gleichbedeutend mit Geschlechtsangleichung oder Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck ist. In Belgien und Finnland findet eine Überprüfung der geltenden Rechtsvorschriften statt. Es wird erwartet, dass sie im nationalen Recht einen eigenständigen Grund „Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck“ einfügen und somit Teil der wachsenden Zahl an Ländern werden, die sich für einen gesonderten Grund der Diskriminierung entscheiden.

Die vorstehende Bewertung mag den Anschein erwecken, es läge eine fünfstufige Differenzierung vor.<sup>146</sup> Hier ist eine differenziertere Prüfung erforderlich. EQUINET erkennt dies in seiner Veröffentlichung an und stellt fest: „Es gibt ein paar Unterschiede im Umfang des Schutzes, der transsexuellen Personen gewährt wird, je nachdem in welchem Mitgliedstaat sie leben: In Österreich beispielsweise fällt unter die Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsangleichung sowohl die Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung als auch aufgrund der Geschlechtsidentität; in Zypern gilt die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identifizierung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.“<sup>147</sup> Tatsächlich ist die Geschlechtsangleichung an sich kein Diskriminierungsgrund, sondern ein Prozess, dem sich viele Transmenschen unterziehen. In einigen Ländern wird der Begriff ausschließlich Transsexuellen vorbehalten, während er in anderen weiter gefasst wird und alle Transmenschen umfasst, unabhängig davon, ob sie beabsichtigen, sich irgendeiner Form der physiologischen Geschlechtsangleichung zu unterziehen oder nicht. Eine genaue Bewertung des Geltungsbereichs, den der Begriff im innerstaatlichen Umfeld hat, bleibt schwierig. Das liegt daran, dass in einigen Staaten erst wenige Fälle vor die Gerichte und Gleichbehandlungsstellen gelangten und die rechtliche Auslegung der Begriffe folglich bislang akademischer Natur ist. Außerdem ist es wichtig, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zu prüfen (i) welchen Zugang zum Recht Transmenschen durch die innerstaatliche Struktur der nationalen Gleichbehandlungsstellen und das Gerichtssystem haben und (ii) ob Maßnahmen zur Förderung der Gleichbehandlung von Transmenschen ergriffen und bestehende Rechtsmittel genutzt wurden.

## 5. Mögliche zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH: generellere Ausweitung der Diskriminierung von Transsexuellen oder auf andere Transmenschen?

Bislang gelangten keine Rechtssachen vor den EuGH, die nicht-transsexuelle Transmenschen betroffen haben, denn alle drei Fälle vor dem EuGH betrafen post-operative transsexuelle Frauen oder im Fall von K.B. ihren Partner. Der EuGH hat sich folglich noch nicht zum Thema der Diskriminierung gegen das breitere Spektrum der Transmenschen geäußert, die sich keiner Geschlechtsangleichung unterzogen haben und/oder auch nicht beabsichtigen, dies zu tun. Darüber hinaus hat sich der EuGH bis jetzt darauf beschränkt, Diskriminierung wegen einer Geschlechtsangleichung als Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auszulegen, ohne die Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks als eigene Form der Diskriminierung weiter zu entwickeln. Im Jahr 2010 hat sich der EGMR von diesem Ansatz entfernt und in der Rechtssache *P.V. gegen Spanien* Transsexualität als geschützten, eigenständigen Grund im Sinne von Artikel 14 EMRK anerkannt.<sup>148</sup> Diese Entwicklung passt zu der sich ausbreitenden Erkenntnis, dass Geschlechtsidentität und -ausdruck in den Menschenrechtsbestimmungen tatsächlich einen gesonderten Diskriminierungsgrund darstellen (siehe Kapitel II für einen ausführlichen Überblick). Darüber hinaus war das am 7. April 2011 angenommene *Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* des Europarates das erste internationale Abkommen, das die Geschlechtsidentität als ausdrücklichen Grund aufführte (Artikel 4 Absatz 3).

<sup>146</sup> (i) Keine Abdeckung, (ii) unklar, (iii) gemäß der Rechtsprechung des EuGH, (iv) gemäß der Rechtsprechung des EuGH mit einer ausdrücklichen Klarstellung, dass Transmenschen unter „Geschlecht“ fallen, (v) eigenständiger Grund.

<sup>147</sup> Europäisches Netzwerk der Gleichbehandlungsstellen (2010), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V.*, Brüssel: EQUINET, auf S. 30.

<sup>148</sup> EGMR, *P.V. gegen Spanien* (Beschwerde-Nr. 35159/09), Urteil vom 30 November 2010.



Marrit | 2007

Der Menschenrechtskommissar des Europarates richtete folgenden Aufruf an die Mitgliedstaaten des Europarates:

„1. Die internationalen Menschenrechtsstandards ohne Diskriminierung umsetzen und die besondere Diskriminierung aufgrund von Geschlechtsidentität in der nationalen Antidiskriminierungsgesetzgebung verbieten. Die Yogyakarta-Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Ausrichtung und die Geschlechtsidentität sollten eingesetzt werden, um als Richtschnur für die nationale Umsetzung in diesem Bereich zu dienen [...]“<sup>149</sup>

Ähnlich ist auch die FRA der Überzeugung, dass:

„[T]ransgenderismus muss nicht notwendigerweise auf [eine] enge Auslegung beschränkt werden und mit einer „Geschlechtsangleichung“ verknüpft werden, die als „ein Prozess“ definiert wird, „der unter ärztlicher Aufsicht durchgeführt wird, mit dem Ziel, das Geschlecht einer Person zu ändern, indem die physiologischen oder sonstigen Geschlechtsmerkmale geändert werden. Zur Geschlechtsangleichung gehört jeder Teil dieses Prozesses.“ In dieser engen Auslegung finden sich Transgender aufgrund der Operation zur Geschlechtsangleichung in einer besonderen Situation. [...] Es gibt keinen Grund, den Schutz vor der Diskriminierung dieser Personen nicht auszuweiten, um „Cross-Dresser und Transvestiten mit abzudecken sowie Menschen, die ständig in dem anderem Geschlecht als dem auf ihrer Geburtsurkunde angegebenen leben, ohne sich einem medizinischen Eingriff zu unterziehen und alle anderen Menschen, die ihr Geschlecht einfach nur anders darstellen wollen“. Es wurde empfohlen, dass der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der „Geschlechtsidentität“ nicht nur Transsexuelle (die beabsichtigen, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, sich gerade einer solchen unterziehen oder bereits unterzogen haben) umfasst, sondern generell auch diese anderen Gruppen.“<sup>150</sup>

Darüber hinaus hat eine wachsende Anzahl von Staaten im nationalen Recht „Geschlechtsidentität und –ausdruck“ als eigenständigen Grund eingeführt (bislang 5) oder zumindest eindeutig klargestellt, dass unter den Grund „Geschlecht“ auch die biologische [und/oder soziale] Geschlechtsidentität gehören (bislang 2). Interessanterweise haben Belgien<sup>151</sup>, Finnland<sup>152</sup> und die Niederlande<sup>153</sup> in der nationalen Rechtsprechung den gegenwärtigen Grund biologisches Geschlecht (oder soziales Geschlecht) ausgeweitet, so dass alle Transmenschen abgedeckt sind, während sie im nationalen Recht keinen eigenständigen Grund haben, der sich auf die Geschlechtsidentität und den Geschlechtsausdruck bezieht. Diese Gruppe an Staaten hat auch Rechtssachen erfolgreich abgeschlossen, die von nicht-transsexuellen Transmenschen anhängig gemacht wurden. Damit haben sie die derzeit geltenden Formulierungen bestätigt, die, auch wenn sie nicht ideal sind, bereits effektiv dazu genutzt werden können, alle Transmenschen abzudecken.

In Bezug auf den Gerichtshof bleibt es abzuwarten, ob es sich auf die Rechtsprechung des EuGH auswirken wird, dass der EGMR Transsexualität als eigenständigen Grund unter Artikel 14 EMRK eingeschlossen hat. In *K.B.* hat der EuGH den Standpunkt eingenommen, dass Artikel 141 EG (nach Lissabon Artikel 157 AEUV) grundsätzlich diskriminierende Rechtsvorschriften ausschließt, die einen Verstoß gegen die EMRK darstellen. Das heißt aber nicht, dass der EuGH einfach demselben Ansatz folgen kann. Das liegt darin begründet, dass das EG-Recht anders als der offen formulierte Artikel 14 EMRK auf einer geschlossenen Liste von Diskriminierungsgründen basiert, die der Gerichtshof nicht erweitern kann. Der Gerichtshof kann und sollte die bestehenden Diskriminierungsgründe

<sup>149</sup> Menschenrechtskommissar (2009), auf S. 45, Erwägungsgrund 1.

<sup>150</sup> Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2008), auf S. 131.

<sup>151</sup> Das Institute for the Equality of Women and Men hat eine Ad-hoc-Praxis entwickelt, die darin besteht, alle Transgender-Personen zu umfassen (in einer weit gefassten Bedeutung).

<sup>152</sup> Der Ombudsmann für Gleichstellung hat entschieden dass das Gleichstellungsgesetz eine breite Anwendung auf transsexuelle (unter anderem Transgender und Transvestiten) und intersexuelle Menschen findet.

<sup>153</sup> Siehe *Commissie Gelijke Behandeling* [Gleichstellungskommission], Oordeel 2007-201 (travestie), 15.11.2007.

jedoch in einer zweckbestimmten Weise auslegen und ihnen die weiteste Bedeutung geben, die möglich ist, um so die Verpflichtung der Union zur Achtung der Menschenwürde und der Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören (Artikel 2 EUV), zu erfüllen.

Oben Stehendes zeigt, dass es in Bezug auf Transmenschen angesichts der aktuellen hohen Standards der Menschenrechte Raum für eine weiter gefasste Auslegung des EU-Gleichbehandlungsrechts gibt. Solche zukünftigen Entwicklungen machen es möglicherweise erforderlich, dass sich der Gerichtshof von dem binären Geschlechtsmodell entfernt und tatsächlich die Anmerkungen reflektiert und übernimmt, die Generalanwalt Tesauro in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *P. gegen S.* gemacht hat. Dort argumentierte er Folgendermaßen (Randnr. 17 der Schlussanträge des Generalanwalts):

„17. “[...],dass man über die traditionelle Einteilung hinausgehen und anerkennen müsse, dass es jenseits der Dichotomie Mann/Frau eine ganze Reihe von Merkmalen, Verhaltensweisen und Rollen gibt, die bei Männern wie bei Frauen anzutreffen sind, so dass das Geschlecht eher als ein Kontinuum angesehen werden sollte. Unter diesem Gesichtspunkt liegt es auf der Hand, dass es nicht richtig wäre, weiterhin ausschließlich diejenigen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu ahnden, die sich auf Männer und Frauen im traditionellen Sinne der Begriffe beziehen, und diejenigen nicht zu schützen, die gerade wegen ihres Geschlechts und/oder ihrer geschlechtlichen Identität ebenfalls schlechter behandelt werden.

Die soeben dargelegte Auffassung, die in der Tat eindrucksvoll ist, setzt eine Neudefinition des Geschlechts voraus, die in berufeneren Kreisen durchdacht werden sollte; daher ist dies nicht der Weg, den ich Ihnen vorschlage. Ich bin mir natürlich bewusst, dass man sich schon immer darauf beschränkt hat, das Geschlecht festzustellen, ohne dass dazu eine rechtliche Definition erforderlich gewesen wäre. Das Recht liebt keine Mehrdeutigkeiten, und es ist sicher einfacher, in Begriffen von Adam und Eva zu argumentieren.

Nach alledem halte ich jedenfalls die Ansicht für überholt, dass das Recht eine Frau berücksichtigt und schützt, die gegenüber einem Mann diskriminiert wird, und umgekehrt diesen Schutz aber demjenigen versagt, der, wieder aufgrund des Geschlechts, ebenfalls diskriminiert wird, und zwar nur deshalb, weil er außerhalb der traditionellen Einteilung Mann/Frau steht.



Inge | 1968

## IV. Rechtssystematische Analyse der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks

Der folgende Teil des Berichts wendet sich der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks in einer weiter gefassten Bedeutung, d. h. über den spezifischen Fall der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung hinausgehend, zu. Er diskutiert aus rechtssystematischer Sicht eine Reihe von Problemen bei der rechtlichen Analyse von Diskriminierungsfällen sowie bei der Beweislast und der Rechtsmittel und Sanktionen in den Fällen, in denen eine Diskriminierung vorlag. Da die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Trans-Themen bislang auf dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts basiert, beziehen sich die Rechtsvorschriften, auf die im Folgenden hingewiesen wird, hauptsächlich auf diesen bestimmten Bereich.

## 1. Diskriminierung

### 1.1. Diskriminierungsgründe und allgemeine Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung

Ob Rechtsausführungen zur Diskriminierung in einer bestimmten Rechtssache zum Erfolg führen, hängt in erster Linie vom Vorliegen einer anwendbaren Rechtsvorschrift ab, die die betreffende Diskriminierung verbietet. Im EU-Rechtssystem können solche Vorschriften auf verschiedenen Ebenen gefunden werden. Dazu zählen auch die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung in Bezug auf bestimmte Gründe sowie ausdrückliche Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsvorschriften.

In der Praxis beginnt die Suche immer auf der konkretesten Ebene, d. h. bei den ausdrücklichen Rechtsvorschriften. Sowohl der AEUV als auch das Sekundärrecht enthalten explizite Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsvorschriften. Auf dieser Ebene ist das EU-Recht jedoch durch eine geschlossene Liste an Diskriminierungskriterien charakterisiert, die darüber hinaus nur in einem begrenzten Sachzusammenhang Anwendung finden (d. h. sie haben nur einen begrenzten Anwendungsbereich). Wie bereits festgestellt,<sup>154</sup> zählen weder die Geschlechtsidentität noch der Geschlechtsausdruck zu diesen Gründen, obwohl eine Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen wird. Das heißt, dass diese Art der Diskriminierung im Bereich Arbeit und Beschäftigung, einschließlich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit (Artikel 157 AEUV und Neufassungsrichtlinie 2006/54), der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit (Richtlinie 97/7) und Güter und Dienstleistungen (Richtlinie 2004/113) verboten ist.

Als nächstes sollte angemerkt werden, dass in diesem Zusammenhang nicht nur spezifische Rechtsakte eine Rolle spielen können, sondern auch bestimmte allgemeine Grundsätze. Wie der Gerichtshof bei verschiedenen Gelegenheiten ausgeführt hat, sind explizite Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsvorschriften Ausdruck allgemeiner Grundsätze der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung z. B. in Bezug auf das Geschlecht (*Defrenne III*),<sup>155</sup> das Alter (*Mangold*,<sup>156</sup> *Kücükdeveci*)<sup>157</sup> und die sexuelle Ausrichtung (*Römer*). Zusammen mit den Bestimmungen der Charta der Grundrechte sind die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung Teil des Primärrechts der EU, auf das sich unter bestimmten Umständen aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts vor dem Recht der Einzelstaaten auch Einzelpersonen berufen können (z. B. *Mangold*, *Kücükdeveci*). Die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sind in Bezug auf bestimmte Schutzgründe immer dann einschlägig, wenn es keine spezifischere Bestimmung im EU-Recht gibt, die angewendet werden könnte und wenn die Sache darüber hinaus in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt (*Römer*, Randnr. 60). Praktische Beispiele für das Fehlen spezifischeren EU-Rechts sind Situationen, in denen

<sup>154</sup> Siehe vorstehend III.1.

<sup>155</sup> EuGH, Rechtssache 149/77 *Gabrielle Defrenne gegen SABENA*, Slg. 1978, 1365.

<sup>156</sup> EuGH, Rechtssache C-144/04 *Werner Mangold gegen Rüdiger Helm*, Slg. 2005, I-9981.

<sup>157</sup> EuGH, Rechtssache C-555/07 *Seda Küçükdeveci gegen Swedex GmbH & Co. KG*, Urteil vom 19. Januar 2010, noch nicht veröffentlicht.



es keine unmittelbare horizontale Auswirkung einer konkreten Nichtdiskriminierungsvorschrift gibt (*Kücükdıveci*) oder in denen die Frist für die Umsetzung einer Richtlinie noch nicht abgelaufen ist (*Mangold*). Bislang beschränkt sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Zusammenhang auf die Diskriminierung aufgrund des Alters und der sexuellen Ausrichtung (*Römer*, hier war der Gerichtshof jedoch der Ansicht, dass die Rechtssache nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts falle). Es gibt jedoch keinen Grund anzunehmen, dass der Geltungsbereich auf die Arten der Diskriminierung beschränkt sein müsse, die durch die Richtlinie 2000/78 abgedeckt sind.<sup>158</sup> Ist der Geltungsbereich nicht eingeschränkt, könnte der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung in Bezug auf das Geschlecht auch im Zusammenhang mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Fall einer Geschlechtsangleichung relevant sein.

Bezüglich anderer Aspekte von Nachteilen, die im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität oder dem Geschlechtsausdruck entstehen und die nicht durch die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts abgedeckt werden können, bestünde die einzige Möglichkeit in der Argumentation, dass diese Nachteile dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung in seiner allgemeinsten Form widersprechen, der verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist (z. B. *Sturgeon*,<sup>159</sup> Randnr. 48). Dieser Grundsatz ist wichtig, wenn es keinen spezifischeren Grundsatz oder keine spezifischere Rechtsvorschrift zur Gleichbehandlung oder Diskriminierung gibt, die in dem betreffenden Fall greifen könnte. Es sollte angemerkt werden, dass der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung in dieser Form nicht auf ein bestimmtes Diskriminierungsmerkmal ausgerichtet ist, sondern unabhängig davon ist. Das ermöglicht seine Anwendung in sehr unterschiedlichen Zusammenhängen, auch im Zusammenhang mit Geschlechtsidentität oder -ausdruck. In der Praxis liegt die Herausforderung bei der Anwendung des Grundsatzes in konkreten Situationen jedoch in der Frage der Vergleichbarkeit. Hier hat sich gezeigt, dass sie für alle möglichen Auslegungen offen ist. Entsprechend besteht die Gefahr, dass die nationalen Gerichte der Ansicht sind, dass sich Menschen, die unter einer Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks leiden, in einer anderen Situation befinden als andere Menschen und deshalb keine Diskriminierung feststellen. Gleichzeitig hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung in anderen Kontexten in der Frage der Vergleichbarkeit einen sehr großzügigen Ansatz gewählt (z. B. *Sturgeon*, bezüglich des Rechts von Fluggästen). Entsprechend sollte eine Beweisführung auf der Grundlage des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung nicht von vorne herein als möglicherweise hilfreiche Strategie für Transmenschen ausgeschlossen werden.

## 1.2. Bestimmung des einschlägigen Diskriminierungsmerkmals

Die Prüfung einer behaupteten Diskriminierung in einem konkreten Fall erfordert eine sorgsame Analyse des Sachverhalts. Dazu gehört insbesondere der Grund, auf dem die behauptete Diskriminierung basiert. Das kann in der Praxis bestimmte Herausforderungen mit sich bringen.<sup>160</sup> Die vorstehend besprochene Rechtssache *K.B.* dient hier als Beispiel.

Wie Generalanwalt Ruiz Jarabo Colomer in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *K.B.* formulierte, ist „bei der Auslegung noch ein anderer Weg offen“ (*K.B.*, Randnr. 63 f. der Schlussanträge des Generalanwalts). Nach Ansicht der Klägerin Frau K. B. ist die Entscheidung, die ihr die Bestimmung von R als Begünstigtem der Witwerrente verwehre, ausschließlich aus einem Grund ergangen, der mit der Geschlechtsangleichung des R zusammenhänge. Aus diesen Gründen liege eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor (*K.B.*, Randnr. 17 und 18). Nach

<sup>158</sup> Richtlinie 2000/78/EC zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16, 2000.

<sup>159</sup> EuGH, verbundene Rechtssachen C-402/07 und C-432/07 *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon und Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck und Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07)*, Slg. 2009, I-10923.

<sup>160</sup> Siehe Tobler (2005, Indirect Discrimination), auf S. 334.

Battaglia<sup>161</sup> hätte Frau K.B. jedoch auch das Argument der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung wählen können. Denn zu dem Zeitpunkt behielt im Vereinigten Königreich eine transsexuelle Person nach ihrer Geschlechtsangleichung ihr rechtliches Ursprungsgeschlecht. Da R. als Frau zur Welt gekommen war, waren sie und ihre Partnerin vom rechtlichen Standpunkt aus gesehen ein gleichgeschlechtliches Paar und konnten als solches keine Ehe eingehen. Nach Battaglia hätte ein solcher Ansatz zu einem ganz anderen (d. h. weniger erfolgreichen) Ausgang für die Klägerin führen können. (Wie Lhernould<sup>162</sup> aber richtig aufzeigt, hat sich dies mit der Annahme der Richtlinie 2000/78 geändert). Generalanwalt Ruiz Jarabo Colomer schlug noch einen anderen Ansatz vor, der dann aber zugunsten „einer weniger gewagten Lösung“ verworfen wurde. Er schlug vor, den Fokus auf die unterschiedliche Behandlung zwischen formal verheirateten und nicht verheirateten Paaren zu legen. Nach Ansicht des Generalanwalts sollte man sich in einer reifen Gesellschaft, in der der Inhalt Vorrang vor der Form hat, die Frage stellen, ob ein rein formaler Vertrag geeignet ist, eine auf Solidarität gestützte Gemeinschaft zu repräsentieren. Oder zumindest die Frage, ob es möglich ist, dass Beziehungen anderer Natur einen ähnlichen Schutz verdienen. Folglich wäre es gerechtfertigt, Fälle eines echten Zusammenlebens ohne amtliche Anerkennung der ehelichen Bindung gleichzustellen.

Das zeigt, dass ein bestimmter Fall verschiedene Möglichkeiten der Begründung einer Diskriminierung in sich bergen kann, aus denen der Kläger (und letztendlich auch die Gerichte) auswählen müssen. Nach Battaglia<sup>163</sup> beruhte in der Rechtssache *K.B.* der gewählte Ansatz, wie sich in der Antwort des Gerichtshofes zeigte, letztendlich darauf, dass es für Frau K. B. „absolut entscheidend war, dass die Behörden des Vereinigten Königreichs R. als Mann anerkennen“. Das bestimmte die Weise ihrer Argumentation und diese wiederum bestimmte die Fragen, die das nationale Gericht zur Vorabentscheidung an den Gerichtshof richtete.

### 1.3. Diskriminierung durch Assoziation

Unlängst hat die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Coleman*<sup>164</sup> dem Nichtdiskriminierungsrecht der EU ein neues Element hinzugefügt, das auch im Zusammenhang mit Geschlechtsidentität und -ausdruck eine Rolle spielen könnte. Der Gerichtshof hat in *Coleman* die Ansicht vertreten, dass das Konzept der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung nicht nur den Fall abdeckt, in dem das Opfer der nachteiligen Behandlung behindert ist, sondern auch den Fall, in dem die Behinderung eine andere Person betrifft, sich aber auf die betreffende Person auswirkt. In *Coleman* wurde eine weibliche Angestellte wegen der schweren Behinderung ihres Kindes benachteiligt. In anderen Worten ausgedrückt, wurde sie wegen ihrer Beziehung zu einer behinderten Person diskriminiert.

Der Gerichtshof erklärt seine Entscheidung in *Coleman* mit dem Zweck der Richtlinie 2000/78, der in der Bekämpfung aller Formen der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf liegt. In diesem Zusammenhang stellt der Gerichtshof Folgendes fest: „Der für den Bereich der Beschäftigung und des Berufs in der Richtlinie 2000/78 verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in Art. 1 genannten Gründe. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut von Art. 13 EG untermauert, der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 2000/78 ist und in dem der Gemeinschaft die Zuständigkeit übertragen wird, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen u. a. aus Gründen einer Behinderung zu bekämpfen.“ (*Coleman*, Randnr. 38). Angesichts dieser Begründung muss angenommen werden, dass das Konzept der Diskriminierung durch Assoziation nicht auf den konkreten Fall der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung beschränkt ist, sondern auch in anderen Kontexten eine Rolle spielt, unter anderem z. B. bei der Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung.

<sup>161</sup> Battaglia (2004), auf S. 602.

<sup>162</sup> J.-Ph. Lhernould (2004), 'Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales', *Revue de jurisprudence sociale* 2004, 263-265, auf S. 265.

<sup>163</sup> Oben erwähnt, auf S. 610.

<sup>164</sup> EuGH, Rechtssache C-303/06 *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, Slg. 2008, I-5603.

Man könnte insbesondere argumentieren, dass auch Fälle mit Paaren wie in der Rechtssache *K.B.* betroffen sein könnten. Konkreter gesagt, könnte man argumentieren, dass die strittige Diskriminierung in einem Fall wie *K.B.* in der Beziehung von Frau *K.B.* zu einer transsexuellen Person nach einer Geschlechtsangleichung begründet war. Es sollte jedoch darauf hingewiesen werden, dass sich die Situation in Fällen von Paaren wie *K.B.* (sowie bei anderen Rechtsfällen in anderen rechtlichen Kontexten wie *Grant*, *Maruko* und, kürzlich, *Römer*, die alle gleichgeschlechtliche Paare betreffen) von der Situation in *Coleman* unterscheidet. Während bei dem letztgenannten Fall lediglich die Behandlung einer Person betroffen war, nämlich der angestellten Mutter des behinderten Kindes, betraf der Fall des Paares die Rechte von zwei Personen, nämlich des Arbeitnehmers (z. B. Frau *K.B.*, der es nicht gestattet wird, ihren Frau-zu-Mann-transsexuellen Partner als den Begünstigten ihrer Witwenrente eintragen zu lassen) und des Partners des Arbeitnehmers (z. B. den Partner von Frau *K.B.*, dem die Rechte verweigert werden, die ihm sonst aufgrund seines Partners zustehen würden). Die Autoren sind jedoch nicht der Ansicht, dass dieser Unterschied maßgeblich sein sollte. Entsprechend sollte das Konzept der Diskriminierung durch Assoziation als zusätzliches Mittel gesehen werden, das die Position der Kläger in Fällen der Diskriminierung von Transsexuellen stärken könnte.

## 1.4. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Sobald der einschlägige Diskriminierungsgrund identifiziert wurde, muss als nächstes die Frage nach der Form der Diskriminierung gestellt werden, um die es in dem betreffenden Fall gehen könnte. Die jüngste Generation des sozialen Nichtdiskriminierungsrechts der EU unterscheidet zwischen verschiedenen Formen der Diskriminierung (d. h. unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung). Die älteste, ursprünglich vom Gerichtshof entwickelte Unterscheidung ist zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung.<sup>165</sup> Das hängt von ihrem direkten oder indirekten Bezug zu dem Diskriminierungsmerkmal in einem gegebenen Fall ab. Es sollte angemerkt werden, dass dies etwas anderes ist, als der direkte oder indirekte Zusammenhang zwischen der fraglichen Behandlung und der durch das Recht abgedeckten Sachlage (z. B. die ungünstigere Behandlung, die Personen nach einer Geschlechtsangleichung in Bezug auf das Recht erfahren, eine Ehe einzugehen. Das hat sich in der Rechtssache *K.B.* mittelbar auf den Rentenanspruch ausgewirkt, da dieser nur verheirateten Personen zustand).<sup>166</sup>

Einfach ausgedrückt, betrifft das rechtliche Konzept der unmittelbaren Diskriminierung offensichtliche Formen der Diskriminierung, während sich das Konzept der mittelbaren Diskriminierung auf verborgene Formen der Diskriminierung bezieht. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2006/54 (Neufassungsrichtlinie, die hier wegen ihrer Relevanz im Zusammenhang mit Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung als Beispiel genommen wird) ist eine unmittelbare Diskriminierung:

„eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde [ ].“

Dagegen ist eine mittelbare Diskriminierung gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2006/54:

„eine Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich; [...]“.

<sup>165</sup> Siehe allgemein Tobler (2005, Indirect Discrimination), siehe auch Tobler (2008).

<sup>166</sup> Siehe Violini (2004), auf S. 415; auch Tobler (2005, Indirect Discrimination), auf S. 215/216.

Tonje | 1983

Dieselben Definitionen sind auch in der Güter- und Dienstleistungsrichtlinie (Artikel 2 Richtlinie 2004/113) zu finden. Angesichts der Tatsache, dass sie im Wesentlichen die frühere Rechtsprechung des Gerichtshofs reflektieren, kann angenommen werden, dass diese Definitionen auch in Bereichen Anwendung finden, in denen die EU-Rechtsvorschriften noch keine ausdrücklichen rechtlichen Definitionen enthalten (z. B. Richtlinie 79/7 zur gesetzlichen Sozialversicherung).

In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung weniger einfach, als es nach der vorstehenden Definition den Schein haben könnte. Die Rechtsprechung wie in den Rechtssachen *Nikoloudi*<sup>167</sup> und *Maruko* (bereits genannt) zeigt, dass eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen kann, selbst wenn die Schlechterstellung auf einem augenscheinlich neutralen Unterscheidungskriterium beruht, nämlich, wenn der Verlass auf ein solches Kriterium bedeutet, dass alle Menschen einer bestimmten Gruppe (d. h. Frauen in der Rechtssache *Nikoloudi* und Homosexuelle, Lesben und Bisexuelle in der Rechtssache *Maruko*) benachteiligt werden. In einem solchen Fall kann auch dann eine unmittelbare Diskriminierung vorliegen, wenn das Kriterium, auf das sich gestützt wurde, formal nicht mit dem verbotenen Kriterium übereinstimmt.<sup>168</sup>

Aus praktischer Sicht kann die Qualifizierung als unmittelbare statt als mittelbare Diskriminierung in zwei Kontexten wichtig sein. Der erste betrifft die Möglichkeiten der Rechtfertigung der fraglichen Diskriminierung. Generell sind die Möglichkeiten für die Begründung einer unmittelbaren Diskriminierung sehr viel eingeschränkter als im Fall einer mittelbaren Diskriminierung, die nach der Definition ein breites Spektrum an sachlichen Rechtfertigungen bietet. Umgekehrt nennt das EU-Recht für die unmittelbare Diskriminierung normalerweise eine begrenzte Zahl von Rechtfertigungsgründen (die bemerkenswerteste Ausnahme ist die Diskriminierung aufgrund des Alters in Artikel 6 Richtlinie 2000/78, aber auch die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in 2004/113).<sup>169</sup>

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Zusammenhang mit Geschlechtsangleichung hat in Bezug auf die Form der strittigen Diskriminierung zu einigen akademischen Diskussionen geführt. Tatsächlich bezeichnet der Gerichtshof selbst die Diskriminierung weder direkt als unmittelbar oder mittelbar (Foubert).<sup>170</sup> Es scheint jedoch klar zu sein, dass die Fälle eher eine unmittelbare als eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betreffen (Anselmo,<sup>171</sup> auch Trucco).<sup>172</sup> Statt eine Ausdrucksweise zu wählen, die auf eine mittelbare Diskriminierung hinweist, stellt der Gerichtshof eine Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung einfach mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleich, genau wie er es in der älteren Rechtssache *Dekker* mit Schwangerschaft gemacht hat.

Es bleibt zu sehen, ob das Konzept der (unmittelbaren) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch andere Aspekte der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks als die Geschlechtsangleichung abzudecken vermag. Es gibt bislang noch keine entsprechende Rechtsprechung. Die Autoren sind der Ansicht, dass Möglichkeiten für weitere Entwicklungen bestehen. Wintemute<sup>173</sup> argumentierte beispielsweise bereits im Jahr 1997, dass das Konzept der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts so verstanden werden sollte, dass es auch andere Situationen abdeckt, insbesondere auch die sexuelle Ausrichtung und geschlechtsspezifische Kleidungs-codes. Der Autor basierte sein Argument auf einen kreativen Ansatz unter anderem verbunden mit traditionellen Geschlechtsrollen. Während der Gerichtshof seiner Argumentation in Bezug auf die sexuelle

<sup>167</sup> AuGH, Rechtssache C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi gegen Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Slg. 2005, I-1789.

<sup>168</sup> Siehe Christa Tobler & Kees Waaldijk (2009), (Fallnotiz zu *Maruko*), *Common Market Law Review* 2009, 723-746.

<sup>169</sup> Siehe auch nachfolgend IV.2.

<sup>170</sup> Foubert (2004), auf S. 442/443.

<sup>171</sup> Alice Anselmo (2004), *I transsessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità*, *Diritto comunitario e degli scambi internazionale* 2004, 719-737, auf S. 735/736.

<sup>172</sup> Lara Trucco (2004), *Transsessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2004, 825-831, auf S. 830.

<sup>173</sup> Wintemute (1997).

Ausrichtung (*Grant*) nicht folgte, gibt es bislang noch keine Rechtsprechung in Bezug auf die anderen Bereiche, wie beispielsweise Kleidungscode. Prinzipiell ist es nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof später noch andere Bereiche mit einbeziehen wird.

Es gibt auch keine Rechtsprechung des Gerichtshofs zu mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Zusammenhang mit Geschlechtsangleichung. Angesichts der Definition mittelbarer Diskriminierung müssten solche Fälle ein anderes Merkmal als Geschlechtsangleichung aufweisen, das Personen, die sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen, verglichen mit Personen, die sich nicht in dieser Situation befinden, jedoch besonders benachteiligt. Ein praktisches Beispiel wäre die Weigerung, eine Mann-zu-Frau-transsexuelle Person einzustellen mit der Begründung, dass die Kunden des Arbeitgebers durch die tiefe Stimme verwirrt würden. Ein weiteres Beispiel wäre die Unmöglichkeit, flexibel frei zu nehmen sowie Einschränkungen bei Krankschreibungen, was für Personen, die sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen möchten und aus diesem Grund längere Zeiträume bei der Arbeit fehlen müssen, eine zusätzliche Hürde bedeuten würden.

## 1.5. (Sexuelle) Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung

Zwei weitere Formen der Diskriminierung in der jüngsten Generation der Nichtdiskriminierungsgesetzgebung betreffen die Belästigung und die Anweisung zur Diskriminierung. Die Neufassungsrichtlinie (Richtlinie 2006/54) dient erneut als Beispiel. Ähnliche Definitionen können in der Güter- und Dienstleistungsrichtlinie (2004/113) gefunden werden.

Gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2006/54 ist Belästigung:

„unerwünschte auf das Geschlecht einer Person bezogene Verhaltensweisen, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird; [...]“

Zusätzlich enthält Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d eine Definition von sexueller Diskriminierung:

„jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird; [...]“

Im Sinne von Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2006/54 umfasst das Konzept der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch die „Anweisung zur Diskriminierung einer Person aufgrund des Geschlechts“.

Selbst wenn es noch keine diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs im Zusammenhang mit Geschlechtsangleichung gibt, ist dennoch klar, dass diese Formen der Diskriminierung auch in diesem besonderen Kontext eine Rolle spielen. Ein praktisches Beispiel für Belästigung können abwertende Bemerkungen bei der Arbeit über weibliche Angestellte mit „männlichen Stimmen“ sein.



## 2. Rechtfertigung

Im EU-Recht ist die Diskriminierung normalerweise nicht auf eine absolute Art und Weise verboten. Das Gesetz sieht stattdessen Möglichkeiten zur Rechtfertigung oder für Ausnahmeregelungen vor. In der Regel kann eine unmittelbare Diskriminierung nur auf der Grundlage einer beschränkten Liste von Ausnahmegründen gerechtfertigt werden, die ausdrücklich in dem Gesetz aufgeführt sind (gesetzliche Ausnahmegründe). Im Gegensatz dazu besteht im Zusammenhang mit mittelbarer Diskriminierung immer die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung – ein offenes Konzept, das nicht auf einer beschränkten Liste von Gründen beruht – mit der das Vorliegen einer Diskriminierung möglicherweise verhindert werden kann.

Verglichen mit den meisten anderen Nichtdiskriminierungsrichtlinien nimmt die Güter- und Dienstleistungsrichtlinie eine Sonderrolle ein, da sie die allgemeine Möglichkeit einer Rechtfertigung selbst für die unmittelbare Diskriminierung vorsieht. Artikel 4 Absatz 5 der Richtlinie „schließt eine unterschiedliche Behandlung nicht aus, wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“<sup>174</sup>

Andere Rechtsvorschriften zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bieten eine Reihe von gesetzlichen Ausnahmegründen. Es hängt von den anzuwendenden Rechtsvorschriften ab, welche gesetzlichen Ausnahmegründe in einem bestimmten Sachzusammenhang zur Verfügung stehen. Artikel 14 Absatz 2 der Neufassungsrichtlinie beispielsweise, der sich auf Arbeit und Beschäftigung bezieht, ermöglicht eine auf wesentliche berufliche Anforderungen basierende Rechtfertigung: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“ Artikel 28 Absatz 1 legt weiter fest, dass die Neufassungsrichtlinie einzelstaatlichen Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, nicht entgegensteht.

Angesichts der Tatsache, dass eine Diskriminierung aufgrund einer Geschlechtsangleichung unter dem EU-Recht einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleichkommt, sind die Ausnahmegründe in diesem besonderen Kontext ebenfalls von Bedeutung. Es gibt bislang jedoch noch keine diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs. Insbesondere ging es in keinem der bisher vom Gerichtshof entschiedenen Trans-Fälle um Rechtfertigung.

## 3. Positive Maßnahmen

Das gilt auch für positive Maßnahmen: zu diesem Thema gibt es bislang keine Rechtsprechung im Zusammenhang mit Geschlechtsangleichung. Angesichts der gefährdeten Lage von Transmenschen ist es jedoch eindeutig, dass positive Maßnahmen als wertvolles Instrument zur Verbesserung ihrer Situation dienen könnten.

<sup>174</sup> Die Güter- und Dienstleistungsrichtlinie enthält auch eine spezielle Ausnahmeregelung in Bezug auf versicherungsmathematische Faktoren (Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 2004/113/EG). Der Gerichtshof hat diese Bestimmung jedoch mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 für ungültig erklärt (EuGH, Rechtssache C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier gegen Conseil des ministres*, Urteil vom 1. März 2011, Große Kammer, noch nicht veröffentlicht). Deshalb wird sie in diesem Bericht nicht weiter diskutiert.



Positive Maßnahmen basieren auf der Erkenntnis, dass eine gleiche Behandlung (d. h. die Anwendung der gleichen Regel für alle) zu einem ungleichen Ergebnis führen kann und dass deshalb eine Bevorzugung erforderlich ist. Im EU-Recht finden sich an verschiedenen Stellen Bestimmungen zu positiven Maßnahmen. Im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union legt Artikel 157 Absatz 4 Folgendes fest:

„Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“

In Artikel 3 der Neufassungsrichtlinie befindet sich ein Verweis auf diese Bestimmung. Artikel 4 Absatz 5 der Güter- und Dienstleistungsrichtlinie „schließt eine unterschiedliche Behandlung nicht aus, wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“

## 4. Beweis

### 4.1. Beweislast

Das EU-Recht basiert auf dem Grundsatz „keine Rechte ohne Rechtsmittel“.<sup>175</sup> Entsprechend müssen die Opfer einer behaupteten Diskriminierung die Möglichkeit haben, mit Hilfe von Gerichtsverfahren über die Diskriminierung Beschwerde zu führen (z. B. Artikel 17 der Neufassungsrichtlinie, Richtlinie 2006/54/EG). Die jüngste Generation sekundären EU-Rechts zur Diskriminierung, die erneut ein Ergebnis der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist, enthält ausdrückliche Regeln zur Beweislast. Diese finden auch bei Diskriminierung im Zusammenhang mit einer Geschlechtsangleichung Anwendung. Artikel 19 Absätze 1 bis 3 der Neufassungsrichtlinie legen beispielsweise Folgendes fest:

- „1. Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.
2. Absatz 1 lässt das Recht der Mitgliedstaaten, eine für die klagende Partei günstigere Beweislastregelung vorzusehen, unberührt.
3. Die Mitgliedstaaten können davon absehen, Absatz 1 auf Verfahren anzuwenden, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle obliegt.“

Nach diesen Bestimmungen muss das Opfer einer behaupteten Diskriminierung für diese Diskriminierung einen sogenannten Prima-facie-Beweis erbringen („Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“). Danach wird die Beweislast auf den vermuteten Diskriminierer verlagert, der dann nachweisen muss, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat (vor allem durch die Rechtfertigung).

<sup>175</sup> Hierfür und für Nachfolgendes siehe bereits Christa Tobler (2005), Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law (for the European Commission), Luxemburg: Büro für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2005.

## 4.2. Statistischer Beweis

Wie schwierig ein Beweis in der Praxis zu erbringen ist (Prima-facie-Diskriminierung) hängt weitgehend von den zu erbringenden Nachweisen ab. Das kann insbesondere im Zusammenhang mit der mittelbaren Diskriminierung zu Problemen führen. Es ist hilfreich, dass die moderne EU-Gesetzgebung in diesem Zusammenhang einen großzügigen Ansatz gestattet. So ist es ausreichend, dass die betreffende Maßnahme für bestimmte Personen einen bestimmten Nachteil mit sich „brächte“, d. h. wenn sie zu den erforderlichen ungleichen Auswirkungen führen kann. Je nach den Umständen kann das einfacher sein als ein auf Statistiken basierender Test, da die Gerichte auf das allgemeine Wissen (z. B. *Kachelmann*),<sup>176</sup> auf offenkundige Tatsachen (z. B. *Schnorbus*)<sup>177</sup> oder auf ihre Überzeugung (z. B. *O'Flynn*,<sup>178</sup> in Bezug auf die Diskriminierung aufgrund der Nationalität) zurückgreifen können.

Den statistischen Beweis zu erbringen, kann mit einer Reihe von Schwierigkeiten verbunden sein, insbesondere auch mit der Festlegung der richtigen Vergleichspersonen, des passenden Zeitpunktes oder Zeitraums für den Vergleich, des Auffindens der statistischen Daten für die jeweiligen Gruppen, der Relevanz oder Bedeutung der statistischen Daten, auf die zurückgegriffen wurde. Sobald schließlich einschlägige statistische Daten vorliegen, muss genau entschieden werden, welche Zahlen zu berücksichtigen sind, um die erforderlichen Unterschiede in den Auswirkungen aufzuzeigen.

Die Fälle, die bisher im Zusammenhang mit einer Diskriminierung wegen einer Geschlechtsangleichung vor den Gerichtshof gelangten, berühren diese Fragestellungen nicht. Das ist vielleicht nicht weiter überraschend, wenn man bedenkt, dass es sich um unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf konkrete Einzelpersonen drehte, bei denen die unterschiedliche Behandlung als solche offensichtlich war. In einem breiteren Kontext können Statistiken hilfreich sein, um das Ausmaß der Nachteile zu zeigen, die Transmenschen erleiden. Die Forschung hat beispielsweise gezeigt, dass die Arbeitslosenzahlen unter Transmenschen deutlich über denen in der Nicht-Trans-Population liegen (Menschenrechtskommissar).<sup>179</sup> Solche Informationen können für die Argumentation hilfreich sein, dass die Weigerung, einen Transmenschen einzustellen, mit der Tatsache in Verbindung steht, dass er oder sie trans ist.

## 5. Rechtsmittel und Sanktionen

Sobald eine Diskriminierung festgestellt wurde, hat das Opfer Anspruch auf materielle Rechtsmittel. Auch hier ist das betreffende EU-Recht wieder das Ergebnis der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Artikel 18 der Neufassungsrichtlinie stellt fest:

„Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts entstandene Schaden — je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten — tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss. Dabei darf ein solcher Ausgleich oder eine solche Entschädigung nur in den Fällen durch eine im Voraus festgelegte Höchstgrenze begrenzt werden, in denen der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der einem Bewerber durch die Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie entstandene Schaden allein darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner Bewerbung verweigert wurde.“

<sup>176</sup> EuGH, Rechtssache C-322/98 *Bärbel Kachelmann gegen Bankhaus Hermann Lampe KG*, Slg. 2000, I-7505.

<sup>177</sup> EuGH, Rechtssache C-79/99 *Julia Schnorbus gegen Land Hessen*, Slg. 2000, I-10997.

<sup>178</sup> EuGH, Rechtssache C-237/94 *John O'Flynn gegen Adjudication Officer*, Slg. 1996, I-2617.

<sup>179</sup> Menschenrechtskommissar (2009), auf S. 30.

Artikel 18 muss im Zusammenhang mit Artikel 25 derselben Richtlinie gelesen werden:

„Die Mitgliedstaaten legen die Regeln für die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Anwendung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Vorschriften der Kommission spätestens bis zum 5. Oktober 2005 mit und unterrichten sie unverzüglich über alle späteren Änderungen dieser Vorschriften.“

In den letzten Jahren hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Jonkman* die praktische Bedeutung der Rechtsdurchsetzung des Nichtdiskriminierungsrechts betont.<sup>180</sup> Das Opfer einer Diskriminierung hat nicht nur das Recht, so behandelt zu werden wie die Vergleichsperson oder die Vergleichsgruppe, sondern, wenn innerstaatliches Recht betroffen ist, muss der jeweilige Mitgliedstaat seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften so anpassen, dass alle zukünftigen Diskriminierungen vermieden werden.

## 6. Mehrfachdiskriminierung

Schließlich können sich noch praktische Schwierigkeiten ergeben, da in einem bestimmten Fall mehrere Diskriminierungsgründe auf einmal betroffen sein können. Fälle, bei denen es um die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Zusammenhang mit einer Geschlechtsangleichung geht, können beispielsweise gleichzeitig mit anderen Diskriminierungsgründen verbunden sein, wie z. B. Religion oder Alter. Im EU-Recht wird die Möglichkeit einer Mehrfachdiskriminierung<sup>181</sup> in den Richtlinien 2000/43 und 2000/78 ausdrücklich anerkannt. Dort wird (Erwägungsgründe 14 bzw. 3 in den Präambeln der Richtlinien) darauf hingewiesen, dass Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierungen sind.

Auf praktischer Ebene verursacht die Mehrfachdiskriminierung häufig Probleme wegen der unterschiedlichen Geltungsbereiche der einschlägigen Gesetze und der Ausnahmen, die sie gestatten.<sup>182</sup> Es ist möglich, dass ein Fall nur in Bezug auf einen Diskriminierungsgrund unter den Geltungsbereich des EU-Rechts fällt (oder unter nationale Rechtsvorschriften, die das EU-Recht umsetzen), aber nicht in Bezug auf einen anderen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die behauptete Diskriminierung den Zugang zu Dienstleistungen (z. B. den Besuch eines Restaurants) betrifft und auf einer Kombination aus Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der Religion basiert: Die Güter- und Dienstleistungsrichtlinie (sie betrifft die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) deckt den Zugang zu Dienstleistungen ab, die Richtlinie 2000/78 (sie betrifft unter anderem die Diskriminierung aufgrund der Religion) jedoch nicht. Auf der Ebene der Rechtfertigung können in einem Fall mit Mehrfachdiskriminierung möglicherweise verschiedene Formen der Rechtfertigung auf unterschiedliche Arten der möglichen Diskriminierung Anwendung finden. In einem Fall beispielsweise, in dem eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion und eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zusammen auftreten, stehen für die mittelbare Diskriminierung eine große Bandbreite an Rechtfertigungsmöglichkeiten zur Verfügung, aber nicht für die unmittelbare Diskriminierung. Es wird vorgeschlagen, dass die innerstaatlichen Gerichte in Fällen, in denen beide Arten der Diskriminierung unlösbar miteinander verknüpft sind, den Fokus auf das höhere Schutzniveau vor Diskriminierung legen sollten.

<sup>180</sup> EuGH, Verbundene Rechtssachen C-231/06 to C-233/06 *Office national des pensions gegen Emilienne Jonkman und Hélène Vercheval; Noëlle Permesaen gegen Office national des pensions*, Slg. 2007, I-5149.

<sup>181</sup> Zur Mehrfachdiskriminierung siehe z. B. Dagmar Schiek & Victoria Chege (2009), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London/New York: Routledge-Cavendish 2009.

<sup>182</sup> Hierzu und zum Folgenden siehe bereits Tobler (2008), auf S. 44/45.

Eine mögliche Lösung für solche Probleme wäre, dass die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einen breiteren Geltungsbereich und mehr Diskriminierungsgründe enthalten, als durch das EU-Recht gefordert wird. Wann immer dies in den anzuwendenden Rechtsrahmen der innerstaatlichen Gerichte möglich ist, sollten diese die Komplexität von Mehrfachdiskriminierungsfällen würdigen. Sie sollten insbesondere bei der Festlegung der Sanktionen für solche Diskriminierungen Mehrfachdiskriminierungen als erschwerenden Umstand berücksichtigen.<sup>183</sup>

Abschließende Anmerkung zur Terminologie: strenggenommen beschreibt der Begriff „Mehrfachdiskriminierung“ eine Situation, in der Diskriminierung aus mehreren, separat zum Tragen kommenden Gründen stattfindet. Die strenge Terminologie unterscheidet Mehrfachdiskriminierung von verstärkender Diskriminierung (sie tritt auf, wenn eine Person aus zwei oder mehreren Gründen gleichzeitig diskriminiert wird und diese Gründe kumulieren) und von intersektioneller Diskriminierung (bei der mehrere Diskriminierungsgründe greifen und gleichzeitig miteinander so interagieren, dass sie nicht voneinander zu trennen sind).

<sup>183</sup> Wie es im rumänischen Recht vorgesehen ist; Europäische Kommission (2007), Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung. Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, Luxemburg: Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, auf S. 20.

Iwan | 1973

## V. Beispiele einzelstaatlicher Rechtsvorschriften und Rechtsprechung zur Diskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks

In Kapitel 1 wurde ein Überblick über die verschiedenen Probleme gegeben, die Transmenschen als Resultat von Geschlechtsstereotypen haben, über Probleme mit den Gesetzen zur Anerkennung des Geschlechts und über die strukturelle Diskriminierung in verschiedenen Lebensbereichen. In diesem Kapitel verweisen wir auf einige der in diesem Dokument dargestellten Probleme zurück und zeigen Beispiele bewährter Verfahren aus der nationalen Gesetzgebung, aus der Rechtsprechung und aus der Praxis im Kampf gegen die Diskriminierung von Transmenschen, wobei der Schwerpunkt insbesondere auf Rechtsvorschriften und Mechanismen zur Bekämpfung der Diskriminierung, zur Anerkennung des Geschlechts und zum Schutz vor Hassverbrechen liegt. Es muss darauf hingewiesen werden, dass es zwar in einigen europäischen Ländern bewährte Verfahren gibt, die rechtliche und soziale Situation der meisten in Europa lebenden Transmenschen jedoch sehr schwierig bleibt.<sup>184</sup>

## 1. Bewährte Verfahren bei der Gleichbehandlungsgesetzgebung und Rechtsprechung

### 1.1. Rechtliche Abdeckung von Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck

In **Schweden** wurde die Gleichbehandlungsgesetzgebung im Jahr 2008 neugefasst. Dabei wurden alle bislang geltenden Rechtsvorschriften in einem Rechtsakt zusammengefasst. Bis dahin gab es vier Ombudsmänner für die Gleichstellung. Diese wurden in einem parallelen Verfahren zu einem konsolidierten Gleichstellungsombudsmann zusammengefasst. Mit der Annahme des *Antidiskriminierungsgesetzes* (SFS 2008:567) und des *Gesetzes über den Gleichstellungsombudsmann* (SFS 2008:568) wurde die bestehende Gleichstellungsgesetzgebung konsolidiert, indem der höchste Schutzstandard ohne Hierarchie und Unterscheidung auf alle Gleichstellungsgründe ausgeweitet wurde.<sup>185</sup> Auch der Geltungsbereich der Rechtsvorschriften wurde ausgeweitet und deckt deutlich mehr als die in der EU geltenden Mindeststandards für die Gleichbehandlung ab. Er deckt folgende Bereiche ab: das Arbeitsleben; das Bildungssystem; Arbeitsmarktpolitikmaßnahmen; nicht öffentliche Arbeitsvermittlungsstellen; die Gründung und Verwaltung eines Unternehmens und die berufliche Anerkennung; die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden; Güter, Dienstleistungen und Wohnung; öffentliche Versammlungen; Gesundheit und medizinische Betreuung; soziale Dienstleistungen; das Sozialversicherungssystem; die Arbeitslosenversicherung; die staatliche Studienbeihilfe; den nationalen Militär- und Zivildienst und den öffentlichen Dienst.

Hierbei ist es von Bedeutung, dass bei dem Neufassungsprozess der Grund *Transgenderidentität oder -ausdruck* als neuer Antidiskriminierungsgrund neben den bestehenden sechs Gründen aus Artikel 19 AEUV und aus den EU-Gleichstellungsrichtlinien hinzugefügt wurde. Artikel 1 Absatz 1 des *Antidiskriminierungsgesetzes* stellt fest:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, die Diskriminierung zu bekämpfen und gleichzeitig die gleichen Rechte und Möglichkeiten zu fördern, unbeschadet des *Geschlechts, der Transgenderidentität oder des Transgenderausdrucks*, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, der sexuellen Ausrichtung oder des Alters.“ (*Hervorhebung hinzugefügt*)

Die Umformulierung dieses Gesetzes ist besonders interessant. Denn während die Abdeckung der Diskriminierung von Transsexuellen gemäß der Rechtsprechung des EuGH unter dem Grund „Geschlecht“ steht, bekommen alle sonstigen Transmenschen eine neue Rechtsicherheit und werden von dem eingeschlossenen Grund „Transgenderidentität und -ausdruck“ abgedeckt. Artikel 1 Absatz 5 enthält diesbezüglich eine Klärung und definiert die beiden Gründe wie folgt:

<sup>184</sup> Siehe Menschenrechtskommissar (2009).

<sup>185</sup> Beide Gesetze traten am 1. Januar 2009 in Kraft.



- „1. Geschlecht: dass jemand eine Frau oder ein Mann ist.
2. Transgenderidentität oder -ausdruck: dass jemand sich selbst nicht als Frau oder Mann identifiziert oder dass jemand durch seine Verhaltensweisen, seine Kleidung oder auf eine andere Weise zu verstehen gibt, dass sie oder er einem anderen Geschlecht angehört.“

Der Gleichstellungsombudsmann hat sich seit der Übernahme seines Amtes dafür eingesetzt, dass der Diskriminierungsgrund von Transgenderidentität und -ausdruck in *Geschlechtsidentität und -ausdruck* geändert wird. Diese Änderung würde klarstellen, dass der Grund auf jeden ohne jegliche Unterscheidung Anwendung findet und jedes mögliche Stigma entfernen, dem Transmenschen als Ergebnis der direkten gesetzlichen Nennung ausgesetzt sein könnten. Die von dem Ombudsmann vorgeschlagene Definition von Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck lautet wie folgt:

„Geschlechtsidentität oder -ausdruck: die geschlechtsbezogene Identität oder der geschlechtsbezogene Ausdruck einer Person in Bezug auf Kleidung, Manierismen und Verhalten.“

## 1.2. Die Geschlechtsidentität und den Geschlechtsausdruck abdeckende nationale Gleichbehandlungsstellen

In **Schweden** verweisen das *Antidiskriminierungsgesetz* und das *Gesetz über den Gleichstellungsombudsmann* aufeinander. Sie haben den Gleichstellungsombudsmann mit der gesetzlichen Befugnis ausgestattet, im Fall von Diskriminierung (einschließlich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der Transgenderidentität oder des Transgenderausdrucks) Gerichtsverfahren durchzuführen. Tatsächlich hat das *Gesetz über den Gleichstellungsombudsmann* diesen mit einem großen Handlungsspielraum ausgestattet, um sicherzustellen, dass es keine Diskriminierung „in irgendeinem Bereich des gesellschaftlichen Lebens gibt“, „zur Förderung gleicher Rechte und Möglichkeiten“ (Artikel 1) und „zur Beratung und Unterstützung, damit jeder, der Opfer einer Diskriminierung wurde, seine Rechte geltend machen kann“. (Artikel 2). Darüber hinaus ermächtigt Artikel 3 den Ombudsmann:

- zu informieren, auszubilden, zu debattieren und andere Kontakte mit Regierungsstellen, Unternehmen, Einzelpersonen und Organisationen zu pflegen;
- internationale Entwicklungen zu verfolgen und Kontakte zu internationalen Organisationen zu unterhalten;
- Forschungsarbeiten und Entwicklungsarbeiten zu beobachten;
- der Regierung Gesetzesänderungen oder andere Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung vorzuschlagen und
- sonstige geeignete Maßnahmen zu initiieren.“

Der Gleichstellungsombudsmann kann aufgrund der Beschwerden, die in seinem Büro eingehen, Ermittlungen einleiten. Wenn sich im Rahmen der Ermittlungen zeigt, dass eine Diskriminierung oder unfaire Behandlung vorgefallen ist, versucht der Ombudsmann zuerst, eine Einigung (freiwillige Vereinbarung) zwischen dem Beschwerdeführer und der für die Diskriminierung verantwortlichen Organisation, dem Arbeitgeber oder der Behörde auszuhandeln. Wenn keine Einigung erzielt wird, kann der Gleichstellungsombudsmann den Fall bei Gericht anhängig machen. Für Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit Beschäftigung und Arbeit ist das Arbeitsgericht zuständig. Alle anderen vom Antidiskriminierungsgesetz abgedeckten Fälle können vor den ordentlichen Gerichten verhandelt werden.

Der Gleichstellungsombudsmann nutzt seinen weiten Handlungsspielraum, um die Gleichheit in allen Bereichen proaktiv zu fördern. Er bekämpft strukturelle Hindernisse und Diskriminierungen in allen Lebensbereichen. 2009 hat der Gleichstellungsombudsmann beispielsweise eine interne Arbeitsgruppe mit der Aufgabe gebildet, Strategien und einen Arbeitsplan für die Arbeit des Ombudsmanns in Bezug auf Transgenderidentität und -ausdruck zu erstellen, da

dieser Diskriminierungsgrund bis dahin noch weitgehend unbekannt war. Darüber hinaus schlägt der Ombudsmann in Übereinstimmung mit den zum jeweiligen Zeitpunkt höchsten Standards und Menschenrechtsgrundsätzen Änderungen an Regierungsstrategien und Gesetzen vor (z. B. die Anerkennung des Geschlechts).

Die Gleichbehandlungsstellen in **Belgien**, **Finnland** und **Großbritannien** haben interessante Arbeit geleistet, die es verdient, gewürdigt zu werden. In **Belgien** hat das Institute for the Equality of Women and Men eine proaktive Rolle eingenommen und in dem Zeitraum 2008-2009 eine gründliche Studie zur sozialen und rechtlichen Situation von Transgender-Menschen in Belgien<sup>186</sup> durchführen lassen, um eine Karte der Diskriminierung und der Ungleichheiten zu erstellen, denen Transgender-Menschen in der Praxis, in Politik und Rechtsprechung ausgesetzt sind. Nach Durchführung dieser Studie hat das Institut die Zusammenarbeit mit zwei Trans-Organisationen initiiert, um gemeinsame Maßnahmen und Projekte zu besprechen. Derzeit wird eine Studie durchgeführt, mit der bewertet werden soll, wie Transmenschen in der Gleichstellungsgesetzgebung und in anderen Vorschlägen für Gesetzesänderungen am Besten Rechtssicherheit gegeben werden kann. Ähnlich hat der Gleichstellungsombudsmann in **Finnland** Richtlinien<sup>187</sup> veröffentlicht, die die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Gleichstellung von Männern und Frauen für transsexuelle und intersexuelle Menschen klären. Er hat empfohlen, dass Arbeitgeber trans- und intersexuelle Menschen in ihre Pläne zur Gleichstellung der Geschlechter integrieren und Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung und zur Förderung der Gleichstellung ergreifen. Darüber hinaus widmet der Ombudsmann im Jahr 2011 der Diskriminierung gegen geschlechtliche Minderheiten besondere Aufmerksamkeit. Nach einem Sondierungsseminar wird der Ombudsmann eine Studie zur strukturellen Diskriminierung und den Schwierigkeiten durchführen, die Transmenschen im Umgang mit verschiedenen Behörden haben. In **Großbritannien** hat der Ausschuss für Gleichstellung und Menschenrechte ausgiebige Arbeit geleistet. Er diskutiert gemeinsam mit Vertretern von Transgender- und assoziierten Organisationen die systemische Diskriminierung, der die Transgemeinschaft ausgesetzt ist, und finanziert Projekte zur Förderung der Gleichstellung von Transmenschen. Der Ausschuss hat auch den Zugang zu Geschlechtsangleichungsdiensten geprüft, erhebt Informationen zur Geschlechtsidentität und bietet eine Reihe von Orientierungshilfen zur Bekämpfung der Diskriminierung von Transmenschen und zur Förderung ihrer Gleichstellung. Alle Orientierungshilfen und sonstigen Informationen sind auf der transspezifischen Seite der Website des Ausschusses für Gleichstellung und Menschenrechte erhältlich.<sup>188</sup>

### 1.3. Besonderer Schutz vor Diskriminierung während der Geschlechtsangleichung

**Großbritanniens Gleichstellungsgesetz von 2010** bietet Schutz vor Diskriminierung aufgrund „dualer Merkmale“ (einschließlich aufgrund einer Geschlechtsangleichung), einer Behinderung, der Abwesenheit von der Arbeit wegen einer Geschlechtsangleichung, Schwangerschaft und Mutterschaft. In Bezug auf die Geschlechtsangleichung legt Teil 2 Kapitel 2 Abschnitt 16 des Gesetzes Folgendes fest:

*„Diskriminierung wegen einer Geschlechtsangleichung: Abwesenheit von der Arbeit*

- (1) Dieser Abschnitt wirkt sich auf die Zwecke der Anwendung von Teil 5 (Arbeit) auf das geschützte Merkmal der Geschlechtsangleichung aus.
- (2) Eine Person (A) diskriminiert eine transsexuelle Person (B), wenn A B in Bezug auf eine Abwesenheit wegen einer Geschlechtsangleichung schlechter behandelt, als A B behandeln würde, wenn—
  - (a) B aufgrund einer Erkrankung oder Verletzung gefehlt hätte oder

<sup>186</sup> Joz Motmans (2010), Being Transgender in Belgium: Mapping the Social and Legal Situation of Transgender People, Brüssel: Institute for the Equality of Men and Women.

<sup>187</sup> See [http://www.tasa-arvo.fi/en/discrimination/gender\\_variation](http://www.tasa-arvo.fi/en/discrimination/gender_variation).

<sup>188</sup> See <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/your-rights/transgender/>.

- (b) B aus einem anderen Grund gefehlt hätte und es nicht zumutbar gewesen wäre, B schlechter zu behandeln.
- (3) Die Abwesenheit einer Person gilt dann als Abwesenheit aufgrund einer Geschlechtsangleichung, wenn sie eintritt, da die Person beabsichtigt, sich einer in Abschnitt 7 Absatz 1 genannten Geschlechtsangleichung (oder eines Teils des Verfahrens) zu unterziehen, sich einer solchen unterzieht oder unterzogen hat.“

#### 1.4. Rechtsprechung und Entscheidungen in Ländern, in denen das nationale Recht nicht direkt auf die Geschlechtsidentität und/oder den Geschlechtsausdruck verweist

Im März 2011 hat das Equality Tribunal [Gleichstellungstribunal] in Irland die Rechtssache *Louise Hannon*<sup>189</sup> entschieden, die eine Diskriminierung am Arbeitsplatz betraf. Louise Hannon wurde entlassen, nachdem sie ihrem Arbeitgeber ihre wahre Geschlechtsidentität offengelegt hat und dann das Verfahren durchführte, um die ganze Zeit in Übereinstimmung mit ihrer Geschlechtsidentität zu leben (einschließlich des Auftretens als Frau am Arbeitsplatz). Während der Arbeitgeber ursprünglich der Angleichung zugestimmt hatte, teilte er ihr schließlich mit, dass sie zu ihrer früheren männlichen Identität zurückkehren und Männerkleidung tragen müsse, wenn sie Kunden treffe. Der Betriebsleiter bezeichnete sie weiterhin mit ihrem ehemaligen Männernamen und *Hannon* wurde mitgeteilt, dass sie nicht die Damentoiletten nutzen dürfe (obwohl die männlichen Angestellten dies gelegentlich auch taten). Nachdem es zu ähnlichen Vorfällen gekommen war, wurde ihr mitgeteilt, dass ihre Leistung stark zurückgegangen sei. Das Equality Tribunal entschied, dass *Hannon* Opfer einer außerordentlichen Kündigung sei und sprach ihr mehr als 35 000 EUR Entschädigung für die von ihr erlittene Diskriminierung zu. In diesem Fall konnte sich das Gericht nicht auf den Grund Geschlechtsidentität und/oder Geschlechtsausdruck stützen, da dieser im irischen Recht nicht abgedeckt ist. Stattdessen stützte es sich auf die Gründe „Geschlecht“ und „Behinderung“ (schließt auch die Geschlechtsidentitätsstörung ein), wie es die Beschwerdeführerin vorbrachte.

Die von dem Equality Tribunal zugesprochene Entschädigung stellte sich als Abschreckungsmaßnahme heraus. Bislang ist das die höchste nationale Entscheidung zur Diskriminierung von Transmenschen bei der Arbeit. Es ist jedoch problematisch, dass die Beschwerdeführerin den Fall auf den Grund Geschlecht in Verbindung mit Behinderung aufbaute. Denn das zeigt, dass ihr Rechtsanwalt nicht davon überzeugt war, dass der Grund soziales Geschlecht (oder biologisches Geschlecht) in der vollständigen, vom EuGH in der Rechtssache *P. gegen S.* festgelegten Bedeutung ausgelegt werden würde.

In den **Niederlanden** fällt gemäß der Gleichbehandlungskommission jede Art der Diskriminierung von Transmenschen ohne jeden Unterschied unter den Grund „Geschlecht“. In einer Rechtssache,<sup>190</sup> die von einer Antidiskriminierungsbehörde (ADB) an die Kommission verwiesen wurde, wurde sie gefragt, ob die Stornierung eines Hotelzimmers durch das Hotel mit der Begründung, dass „eine Cross-Dressing-Party nicht dem Charakter des Hotels entspräche“, da dieses „eine familiäre Atmosphäre“ habe, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.

In diesem Fall argumentierte der Beschwerdeführer, dass es zwar Unterschiede zwischen Transsexualität und Transvestitismus gebe, die Grundlage der Diskriminierung jedoch in beiden Fällen Geschlechtnormen seien. Der Beschwerdeführer fuhr fort, dass die Kommission folglich Transvestiten dasselbe Schutzniveau zusprechen solle wie Transsexuellen. Die Kommission wählte diesen Ansatz jedoch nicht. Stattdessen verwies sie auf ihre Entscheidung zur Freiheit von Angestellten, über den angemessenen Kleidungscode selbst zu bestimmen, und betrachtete folglich die Kleidung als eine Form der Geschlechtsfreiheit. Die Kommission entschied, dass die Stornierung der Hotelzimmerreservierung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Erwerb von Gütern und Dienstleistungen darstellt, was gemäß Artikel 7 Absatz a des dänischen Gleichstellungsgesetzes verboten ist.

<sup>189</sup> Equality Tribunal, *Louise Hannon gegen First Direct Logistics Ltd.*, Entscheidung Nr. DEC-E2011-066, 29.03.2011.

<sup>190</sup> *Commissie Gelijke Behandeling* [Gleichbehandlungskommission], Oordeel 2007-201 (travestie), 15.11.2007.

## 2. Änderung des Namens und rechtliche Anerkennung des Geschlechts

### 2.1. Rechtsprechung zur Änderung des Namens und zur rechtlichen Anerkennung des Geschlechts ohne das Erfordernis einer Geschlechtsangleichung

Am 28. Januar 2011 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>191</sup> die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung von Transsexuellen<sup>192</sup> für verfassungswidrig erklärt. Zu den Voraussetzungen gehört, dass die Transsexuellen dauernd fortpflanzungsunfähig sind (Sterilisation) und sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen haben, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.<sup>193</sup> In diesem Fall argumentierte eine 62 Jahre alte transsexuelle Frau erfolgreich, dass sie zwar ihren Namen rechtlich in einen weiblichen Namen geändert habe, es ihr aber dennoch nicht gestattet sei, mit ihrer weiblichen Partnerin eine eingetragene Partnerschaft einzugehen. Sie wies nach, dass es auf der einen Seite keine Option für sie sei, ihre Partnerin zu heiraten, da sie als Mann heiraten müsse, was sie aufgrund ihres Frauennamens einem konstanten „Outing“ aussetzen würde. Andererseits sei die für eine Personenstandsänderung erforderliche geschlechtsangleichende Operation, die in Deutschland Voraussetzung für eine rechtliche Geschlechtsanerkennung ist und die sie durchführen lassen müsse, um ihre Partnerschaft eintragen lassen zu können, aufgrund ihres Alters mit nicht abzuschätzenden gesundheitlichen Risiken verbunden. Das Gericht schlug die in Verbindung mit einer Genitaloperation stehenden Voraussetzungen nieder und gründete sein Urteil darauf, dass dies gegen das verfassungsmäßige Recht auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung sowie gegen das Recht verstoße, eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft einzugehen.

### 2.2. Gesetzgebung zur Namensänderung und rechtlichen Anerkennung des Geschlechts unter Achtung der Menschenrechtsprinzipien

Am 15. März 2011 trat in **Portugal** das erste europäische Gesetz zur Namensänderung und rechtlichen Anerkennung des Geschlechts in Kraft, das die Yogyakarta-Prinzipien<sup>194</sup> und die Empfehlungen des Menschenrechtskommissars des

<sup>191</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvR 3295/07, 11.01.2011.

<sup>192</sup> Gemäß Artikel 8 Absatz 1 Nummer 3 und 4 Transsexuellengesetz - TSG.

<sup>193</sup> Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 7/2011 vom 28. Januar 2011.

<sup>194</sup> Die Yogyakarta-Prinzipien (2006), auf S. 11-12:

„Prinzip 3: Das Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz

Jeder Mensch hat das Recht, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden. Menschen mit unterschiedlicher sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität müssen in allen Lebensbereichen in den Genuss der Rechtsfähigkeit kommen. Die selbstbestimmte sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität jedes Menschen ist fester Bestandteil seiner Persönlichkeit und eines der grundlegenden Elemente von Selbstbestimmung, Würde und Freiheit. Niemand darf als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung seiner geschlechtlichen Identität gezwungen werden, sich medizinischen Behandlungen zu unterziehen, darunter operativen Geschlechtsanpassungen, Sterilisationen oder Hormonbehandlungen. Kein rechtlicher Stand, wie beispielsweise die Ehe oder die Elternschaft, darf als Grund angeführt werden, um die rechtliche Anerkennung der geschlechtlichen Identität eines Menschen zu verhindern. Es darf auf keinen Menschen Druck ausgeübt werden, seine sexuelle Orientierung oder geschlechtliche Identität zu verbergen, zu unterdrücken oder zu verleugnen.“

Europarates<sup>195</sup> erfüllt.<sup>196</sup> Anders als ähnliche Gesetzes in anderen Ländern der Europäischen Union setzt das Gesetz nicht voraus, dass die Person unverheiratet (was bedeutet, dass sich bereits verheiratete Personen von ihrem Ehegatten scheiden lassen müssen) und unfruchtbar ist und/oder sonstige Anforderungen an eine körperliche Veränderung wie eine Hormonbehandlung, geschlechtsangleichende Operationen oder andere Körpermodifikationen erfüllt hat.<sup>197</sup> Das Gesetz fordert jedoch, dass Antragsteller vor der Änderung des Namens und des rechtlichen Geschlechts in Personenstandsunterlagen: (i) gesetzlich volljährig sind (18 Jahre alt); (ii) portugiesische Staatsangehörige sind; und (iii) eine Diagnose der Geschlechtsidentitätsstörung vorlegen, die von einem multidisziplinären Team ausgestellt und unterzeichnet wurde, das mindestens aus einem Psychologen und einem Arzt (Sexologe) besteht.

Wenn diese Anforderungen erfüllt sind, muss beim Standesbeamten ein Antrag auf Änderung des Namens und des rechtlichen Geschlechts eingereicht werden. Dieser Antrag muss folgende Angaben enthalten: (i) den früheren Namen und die zivile Identifikationsnummer, wie sie auf dem Personalausweis angegeben ist, (ii) den Namen, den der Antragsteller tragen möchte und (iii) die Diagnose der Geschlechtsidentitätsstörung. Der Standesbeamte ist gesetzlich dazu aufgefordert, den Antrag innerhalb von acht Tagen zu bearbeiten und dem Antragsteller eine Antwort zu erteilen. Mögliche Antworten: (a) positiver Bescheid, dann wird der Name in den offiziellen Personenstandsdokumenten geändert und eine neue Geburtsurkunde und neue Ausweispapiere ausgestellt; (b) Aufforderung zur Nachbesserung des Antrags; (c) ablehnender Bescheid. Das Gesetz garantiert den Schutz der Privatsphäre.

### 3. Schutz vor Hassverbrechen

Bislang ist **Schottland** das einzige Gebiet in Europa, das Rechtsvorschriften zum Schutz von trans- und intersexuellen Menschen erlassen hat. Artikel 2 des *Gesetzes über Straftaten (erschwerende Umstände aufgrund von Voreingenommenheit)* legt fest:

#### „2 Voreingenommenheit in Bezug auf [...] die Transgenderidentität

- (1) Dieser Absatz findet Anwendung, wenn —
  - (a) in einer Anklage oder Beschwerde angegeben wird, dass für eine Straftat durch Voreingenommenheit in Bezug auf [...] eine Transgenderidentität erschwerende Umstände vorliegen und
  - (b) wenn der Nachweis dafür erbracht wird.
- (2) Bei einer Straftat liegen erschwerende Umstände durch Voreingenommenheit in Bezug auf [...] die Transgenderidentität vor, wenn —
  - (a) zum Zeitpunkt des Begehens der Straftat oder direkt davor oder danach gegenüber dem Opfer (falls Opfer) der Straftat Anfeindungen oder Böswilligkeit bekundet wird in Bezug auf — [...]
    - (ii) die Transgenderidentität (oder vermutete Transgenderidentität) des Opfers oder
  - (b) die Straftat (ganz oder teilweise) von Anfeindungen und Böswilligkeit gegenüber Personen motiviert ist, die — [...]

<sup>195</sup> Menschenrechtskommissar (2009), auf S. 45.

„3. Zügige und transparente Verfahren für die Änderung des Namens und des Geschlechts von Transgender-Menschen in Geburtsurkunden, Personalausweisen, Reisepässen, Ausbildungszeugnissen und anderen, ähnlichen Dokumenten entwickeln.

4. Sterilisation und andere zwingende medizinische Behandlungen als notwendige rechtliche Voraussetzung für die Anerkennung der Geschlechtsidentität einer Person in Gesetzen abschaffen, die das Verfahren zur Änderung des Namens oder Geschlechts regeln.

<sup>196</sup> *Lei n.º 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil.*

<sup>197</sup> In Ungarn gibt es diese Anforderungen in den Verfahren zur Änderung des Namens oder des rechtlichen Geschlechts nicht. Da dies jedoch nicht eindeutig gesetzlich geregelt ist, ist das Maß an Rechtssicherheit der transsexuellen Menschen deutlich niedriger. Ähnlich wurde das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts noch nicht in einer Änderung des Transsexuellengesetzes - TSG umgesetzt.

- (ii) eine Transgenderidentität oder eine Form der Transgenderidentität haben.
- (3) Es ist unerheblich, ob die Böswilligkeit und die Anfeindungen des Täters auch (in irgendeinem Umfang) auf einem anderen Faktor basieren.
- (4) Der Nachweis von einer einzigen Quelle reicht aus, um nachzuweisen, dass bei einer Straftat durch Voreingenommenheit gegenüber einer [...] Transgenderidentität erschwerende Umstände vorliegen.
- (5) Wenn Absatz 1 Anwendung findet, muss das Gericht —
  - (a) in der Verurteilung feststellen, dass bei der Straftat durch Voreingenommenheit in Bezug auf eine [...] Transgenderidentität erschwerende Umstände vorliegen,
  - (b) bei der Aufzeichnung der Verurteilung zeigen, dass für die Straftat dermaßen erschwerende Umstände vorliegen,
  - (c) die erschwerenden Umstände bei der Ermittlung eines angemessenen Urteils berücksichtigen und
  - (d) angeben —
    - (i) in welchen Bereichen das Urteil anders ausgefallen wäre, wenn keine erschwerenden Umstände vorliegen würden, das Ausmaß dieses Unterschieds und die Gründe dafür oder
    - (ii) ansonsten die Gründe, aus denen kein solcher Unterschied gemacht wurde.
- (6) In Absatz 2 Buchstabe a bedeutet „angenommen“ vom Täter angenommen. [...]
- (8) In diesem Absatz bedeutet ein Verweis auf eine Transgenderidentität einen Verweis auf —
  - (a) Transvestitismus, Transsexualismus, Intersexualität oder auf ein geändertes Geschlecht im Sinne des Geschlechtsanerkennungsgesetzes 2004 (Kapitel 7) oder
  - (b) jeder andere Geschlechtsidentität, die nicht dem Standard der männlichen oder weiblichen Geschlechtsidentität entspricht.“

#### 4. Streichung von Transidentitäten aus der innerstaatlichen Klassifikation von Krankheiten

In Schweden hat das Nationale Gesundheits- und Wohlfahrtsamt im Januar 2009 entschieden, verschiedene Diagnose-Codes aus der schwedischen Ausgabe des ICD-10 (ICD-10SE) zu streichen, die sich auf Transidentitäten beziehen. Dabei handelte es sich um F64.1 Transvestitismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen; F64.2 Störung der Geschlechtsidentität des Kindesalters; F65.0 Fetischismus und F65.1 Fetischistischer Transvestitismus. Norwegen folgte im Januar 2010. Helsedirektoratet entfernte F64.1 Transvestitismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen; F65.0 Fetischismus und F65.1 Fetischistischer Transvestitismus aus der norwegischen Version des ICD. Im Mai 2011 entschied Finnlands *Terveystiete ja hyvinvoinnin lait* [Nationales Institut für Gesundheit und Wohlfahrt], F64.1 Transvestitismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen; F65.1. Fetischismus und F65.1 Fetischistischer Transvestitismus aus der finnischen Version des ICD zu streichen.

Motiviert wurde der Konsens der nordischen Länder zur Streichung der Transidentitäten aus den innerstaatlichen ICDs durch die Einsicht, dass die medizinischen Beweise für die Diagnose unklar sind und die Streichung der Diagnosen dem statistischen System kaum etwas ausmacht, während sie für Transmenschen beträchtliche Schwierigkeiten verursachen können.

Bislang hat noch keines dieser Länder alle Transidentitäten vollständig entpathologisiert. In Schweden beispielsweise hat das Nationale Gesundheits- und Wohlfahrtsamt den Einschluss von F64.0 Transsexualismus und F64.9 Störung der Geschlechtsidentität, nicht näher bezeichnet, im ICD-10SE unberührt gelassen. Am 30. Juni 2010 hat das Amt jedoch seinen Bericht über Transsexuelle und andere Personen mit Geschlechtsidentitätsstörungen veröffentlicht, in dem darüber diskutiert wird, F64.0 und F64.9 aus Abschnitt F (Psychiatrie) zu entfernen und die behandlungsbedürftigen Diagnose-Codes unter einer nicht pathologisierenden Überschrift aufzuführen. In dem Vorschlag, den das Amt der schwedischen Regierung im Mai 2011 vorlegte, verpflichtete es sich dazu, sich auf internationaler Ebene für diese Änderung einzusetzen.





Amy | 1994

## VI. Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks im zukünftigen EU-Recht

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass das Nichtdiskriminierungsrecht der EU bislang das Problem der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks nur sehr selektiv abdeckt und zwar insbesondere in Fällen, in denen die benachteiligende Behandlung mit der Geschlechtsangleichung einer Person einhergeht und in den Geltungsbereich des EU-Rechts zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fällt. Es wurde gezeigt, dass dieser Ansatz aus konzeptioneller Sicht nicht sehr zufriedenstellend ist. Er kann mit der erschöpfenden Liste der EU-Diskriminierungsgründe erklärt werden, die ausschließt, dass der Gerichtshof neue und zusätzliche Diskriminierungsgründe „findet“. Der einzige mögliche Ansatz des Gerichtshofs besteht in der weiten Auslegung der bestehenden Gründe. Das hat er in den Rechtssachen *P. gegen S.*, *K.B.* und *Richards* getan.

Noch offen ist die Frage, wie die derzeitige Situation verbessert werden könnte. Im Folgenden werden drei mögliche Ansätze diskutiert: (1) eine formelle Änderung des EU-Rechts, um den Diskriminierungsgrund Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck als eigenständigen Grund einzufügen, (2) die im bestehenden EU-Recht vorgesehene Flexibilität auf Ebene des nationalen Rechts ausgiebig zu nutzen und (3) eine weiter gefasste Auslegung des bereits bestehenden EU-Rechts.

## 1. Eine formelle Vertragsänderung für die Einfügung neuer Diskriminierungsgründe

Im Zusammenhang mit der Diskussion internationaler Menschenrechtsgesetze hat sich gezeigt, dass der Trend in Richtung einer Anerkennung der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks als eigenständigen Diskriminierungsgrund geht, statt ihn mit einem anderen, traditionelleren Diskriminierungsgrund wie dem Geschlecht zu verbinden. Vom konzeptionellen Standpunkt aus gesehen scheint das der beste Ansatz zu sein, zumal so der Weg bereitet werden könnte, um so die umständlichen Vergleiche in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu vermeiden.

Dafür müssten jedoch die EU-Verträge geändert werden. Nach der Reform von Lissabon sieht der Vertrag über die Europäische Union zwei Änderungsverfahren vor: das ordentliche Änderungsverfahren auf der einen und vereinfachte Änderungsverfahren auf der anderen Seite (Artikel 48 Absatz 1 EUV). Die vereinfachten Änderungsverfahren werden in Artikel 48 Absätze 6 und 7 EUV beschrieben. Kürzlich wurde zum ersten Mal ein vereinfachtes Verfahren genutzt, um Artikel 136 Absatz 3 AEUV über den europäischen Stabilitätsmechanismus in den Vertrag zu integrieren. Vereinfachte Verfahren können jedoch nicht genutzt werden, wenn sie zu einer Ausdehnung oder Verringerung der der Union übertragenen Zuständigkeiten führen. Das wäre der Fall, wenn Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck als weitere Diskriminierungsgründe zu Artikel 19 Absatz 1 AEUV hinzukämen, so dass die EU auch hier sekundäre Rechtsvorschriften annehmen könnte. Hierfür stünde nur das ordentliche Änderungsverfahren zur Verfügung.

Das ordentliche Änderungsverfahren ist ein Verfahren, das alle in Artikel 48 Absätze 2 bis 5 EUV niedergelegte Schritte umfasst. Am Anfang steht ein Änderungsvorschlag der Regierung eines Mitgliedstaats, des Europäischen Parlaments oder der Kommission an den Ministerrat. Der Rat informiert die nationalen Parlamente und übermittelt dem Europäischen Rat den Entwurf. Im nächsten Schritt hört der Europäische Rat das Europäische Parlament und die Kommission an. Wird zugunsten der vorgeschlagenen Änderungen entschieden, beruft der Europäische Rat in der Regel einen Konvent ein, der die Änderungsentwürfe prüft und im Konsensverfahren eine Empfehlung an eine Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten annimmt. Diese Regierungskonferenz entscheidet einstimmig über die Änderungen. Das Änderungsverfahren ist abgeschlossen, sobald alle Mitgliedstaaten den Änderungsvertrag nach Maßgabe ihrer nationalen Vorschriften ratifiziert haben.

Als Ergebnis der jüngsten schlechten Erfahrungen sowohl mit dem Verfassungsvertrag (der zwar unterzeichnet wurde, aber nicht in Kraft trat) als auch mit dem Vertrag von Lissabon (der an einem verlängerten Ratifizierungsprozess mit vielen Unsicherheiten krankte), werden die EU-Mitgliedstaaten in nächster Zukunft kaum von einem weiteren Änderungsverfahren, selbst wenn es sich nur um verfahrensrechtliche Gründe handelt, begeistert sein. Wenn eine solche Änderung durchgeführt werden sollte, dann wahrscheinlich nur, um eine Reihe von Themen zu behandeln, die als lebensnotwendig für die Europäische Union erachtet werden, aber kaum, um „nur“ eine weitere Zuständigkeit in einem Bereich hinzuzufügen, dem viele keine große Bedeutung beimessen.

Außerdem wäre für die Schaffung einer neuen und ausdrücklichen Zuständigkeit der EU zum Erlass von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks die Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu diesem Punkt erforderlich. Angesichts des sehr unterschiedlichen Stands der nationalen Rechtsvorschriften zu diesem Thema in den Mitgliedstaaten ist eine Einigung eher unsicher. Die fehlende Zustimmung selbst eines einzigen der 27 Mitgliedstaaten würde jedoch ausreichen, um die Vertragsänderung zu blockieren.

All das scheint dafür zu sprechen, dass eine besondere Zuständigkeit der EU zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks höchstens eine langfristige Strategie sein kann. In naher Zukunft scheint dies keine durchführbare Option zu sein.

## 2. Eine weiter gefasste Auslegung des bereits geltenden Rechts

In Ermangelung einer Änderung des Vertrags könnte ein besserer Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks durch eine Auslegung des Begriffs „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ erreicht werden, die weiter reicht als die bisherige Auslegung durch die in diesem Bericht diskutierte Rechtsprechung des EuGH. Da dieses Thema bereits zweimal angeschnitten wurde,<sup>198</sup> wird es an dieser Stelle des vorliegenden Berichts nur kurz zusammengefasst.

Es wurde gezeigt, dass der Gerichtshof, beginnend mit der Rechtssache *P. gegen S.*, einen Ansatz zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anwandte, der nicht auf dem vereinfachten binären Vergleich zwischen traditionell definierten Männern und Frauen basiert. Dieser Ansatz könnte zumindest bis zu einem gewissen Grad weiter ausgedehnt werden, um auch andere Fälle als Geschlechtsangleichungen zu umfassen. Dazu müssten die einschlägigen Begriffe des EU-Rechts (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Gleichbehandlung von Männern und Frauen) so aufgefasst werden, dass sie zumindest teilweise auch durch traditionelle Geschlechtsrollen definiert werden.

Praktisch gesehen ist es insbesondere die Aufgabe der Parteien in nationalen Verfahren, die zu Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof führen, innovative, in diese Richtung weisende Argumente anzuführen und den Gerichtshof dadurch hoffentlich dazu zu bringen, seinen Ansatz auszuweiten.

Neben dem Gerichtshof kommt auch der Europäischen Kommission eine Rolle zu bei der Ausweitung der Bedeutung des Begriffs „Geschlecht“ in der EU-Gesetzgebung dahingehend, dass auch Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck ausdrücklich darunterfallen. Das ist der Europäischen Kommission durchaus bewusst, die in ihrer *Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015* festgestellt hat, dass „auch die besonderen Fragen geprüft werden, die die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Bezug auf die Geschlechtsidentität betreffen.“

<sup>198</sup> Siehe vorstehend III.5. und IV.3.

Im Anhang<sup>199</sup> zu der Strategie wird bei der Überwachung der korrekten Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung und der besonderen Vorschriften der Richtlinien 2004/113 und 2006/54 eindeutig auf die Geschlechtsidentität verwiesen.<sup>200</sup>

Obenstehendes wird durch interessante Entwicklungen bei der Neufassung der EU-Asylgesetzgebung bestätigt. Dies gilt insbesondere für die sogenannte Anerkennungsrichtlinie (Richtlinie 2004/83)<sup>201</sup> und die Verfahrensrichtlinie (Richtlinie 2005/85).<sup>202</sup> Einerseits wurde die Geschlechtsidentität als Verfolgungsgrund anerkannt (Anerkennungsrichtlinie) und andererseits wurde durch die neue Definition „der Asylbewerber [mit] besondere[n] Bedürfnisse[n]“ für mehr Sensibilität für Asylanträge mit Bezug zur Geschlechtsidentität gesorgt (Verfahrensrichtlinie). In beiden Fällen hat das Europäische Parlament das im Vertrag von Lissabon eingeführte Mitentscheidungsverfahren genutzt und diese Änderungen gefordert, da die ursprünglichen Vorschläge der Kommission (Oktober 2009) keine neuen Bestimmungen in Bezug auf die Geschlechtsidentität enthalten hatten. Im Fall der Anerkennungsrichtlinie wurde eine Orientierungsabstimmung durchgeführt, die die Haltung des Parlaments in den Verhandlungen mit dem Rat vorgab (die Verhandlungen werden gerade geführt). Im Fall der Verfahrensrichtlinie wurde der gesamte Legislativprozess nach dem Einspruch von Mitgliedstaaten erneut begonnen. Der neue Vorschlag, den die Europäische Kommission am 1. Juni 2011 vorgelegt hat, bezieht sich in den entsprechenden Artikeln ausdrücklich auf Geschlecht und Geschlechtsidentität.<sup>203</sup>

Desgleichen veröffentlichte die Kommission im Mai 2011 ein Opferrechte-Paket<sup>204</sup>, das einen Vorschlag für eine neue Richtlinie über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe<sup>205</sup> beinhaltet. Diese Richtlinie würde den bestehenden Rahmenbeschluss 2001/220<sup>206</sup> ändern. Sie ist auf die Situation aller Opfer von Straftaten in Europa zugeschnitten, ohne die nationalen Definitionen von Straftaten im Strafrecht anzugleichen. Eine Berücksichtigung der Situation von Opfern transphobischer Straftaten und anderer Hassverbrechen könnte also nur durch eine Klärung des Begriffs des „schutzbedürftigen Opfers“ erfolgen, der im EU-Recht verwendet wird, ohne jedoch näher definiert zu werden. Nach einem Austausch mit der Kommission (sowohl mit der einschlägigen GD als auch mit dem zuständigen Kabinett) ist in der vorgeschlagenen Richtlinie ein Verfahren zur Prüfung der potenziellen Schutzbedürftigkeit aller Opfer von Verbrechen festgelegt. Diese Prüfung würde auch die mögliche Hassmotivation hinter dem Verbrechen und die grundlegenden persönlichen Merkmale des Opfers wie seine Geschlechtsidentität berücksichtigen.

<sup>199</sup> Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zu Maßnahmen zur Umsetzung der Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015 (Begleitdokument zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015), SEK(2010)1079/2

<sup>200</sup> Ebd., auf S. 18.

<sup>201</sup> Richtlinie 2004/83/EG über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/2, 2004.

<sup>202</sup> Richtlinie 2005/85/EG über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326/13, 2005.

<sup>203</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Neufassung), KOM(2011) 319, endgültig.

<sup>204</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Stärkung der Opferrechte in der EU, KOM(2011) 274 endgültig.

<sup>205</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe, KOM(2011), 275 endgültig.

<sup>206</sup> Rahmenbeschluss des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ABl. L 82/1, 2001.

Ansonsten gibt es keine vergleichbare Möglichkeit für eine ausdrückliche Einbeziehung der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks in Rechtsvorschriften, die auf Artikel 19 und Artikel 157 AEUV basieren. Es spricht jedoch nichts dagegen, Geschlechtsidentität und –ausdruck ähnlich wie Schwangerschaft, Mutter- und Vaterschaftsurlaub und familiäre Pflichten als gesonderten Schwerpunkt unter dem Diskriminierungsgrund „Geschlecht“ zu berücksichtigen. In der Tat wird keiner dieser unter dem Begriff „Geschlecht“ subsumierten Gründe im Vertrag genannt, aber es gibt spezielle Bestimmungen und Rechtsvorschriften, die die möglichen besonderen Schutzbedürftigkeiten und Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts angehen. Beispiele hierfür sind die sogenannte Mutterschutzrichtlinie (Richtlinie 92/85)<sup>207</sup> und die Elternurlaubsrichtlinie (Richtlinie 2010/18).<sup>208</sup> Dieser Weg wäre besonders hilfreich, da sich die EU nicht ausschließlich darauf verlassen würde, die bestehenden Rechtsvorschriften zur Gleichstellung der Geschlechter auf die Geschlechtsidentität und den Geschlechtsausdruck auszuweiten, sondern die besondere Schutzbedürftigkeit von trans- und intersexuellen Menschen und die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts thematisieren könnte, soweit dies in die Zuständigkeit der EU fällt.

### 3. Auf der Ebene des nationalen Rechts: ausgiebige Nutzung der im EU-Recht vorgesehenen Flexibilität

Abschließend sollte daran erinnert werden, dass das geltende Antidiskriminierungsrecht der EU, wie weit oder eng es auch vom Gerichtshof ausgelegt wird, nur Mindestvorschriften enthält. Hier ist es wichtig zu wissen, dass das geltende Recht die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ein höheres Schutzniveau gegen Diskriminierung zu bieten und zwar insbesondere durch eine weite Auslegung der Begriffe im EU-Sekundärrecht zugunsten der Opfer von Diskriminierung sowie durch einen weiter gefassten sachlichen Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschriften und den Einschluss zusätzlicher Diskriminierungsgründe. Aus Sicht der Opfer von Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks wäre eine gute Regelung auf der Ebene des nationalen Rechts vermutlich die vorteilhafteste Lösung.

Angesichts dieser Situation müssen die Mitgliedstaaten dazu ermutigt werden, die dem Nichtdiskriminierungsrecht der EU innewohnende Flexibilität bestmöglich zu nutzen und in ihren nationalen Gesetzen weit über das auf gemeinsamer EU-Ebene festgesetzte Mindestmaß hinauszugehen.

<sup>207</sup> Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 348/1, 1992.

<sup>208</sup> Richtlinie 2010/18/EU zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG, ABl. L68/13, 2010.

Michael | 1987



## VII. Diskriminierung von intersexuellen Menschen

Die Diskriminierung von intersexuellen Menschen ist eine besonders komplexe Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Bislang wurden leider nur wenige Anstrengungen unternommen, die Menschenrechtsfragen zu untersuchen und zu behandeln. Das kann man daran sehen, dass die Yogyakarta-Prinzipien zwar genau erklären, wie die internationalen Menschenrechtsprinzipien auf den Grund der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität Anwendung finden, intersexuelle Menschen aber nur einmal ganz allgemein erwähnt werden. Und werden sie einmal erwähnt, geschieht das auch noch oft fälschlicherweise unter dem Sammelbegriff „trans“ oder unter dem Grund der Geschlechtsidentität oder des Geschlechtsausdrucks.

## 1. Rechtliche Abdeckung intersexueller Menschen durch die Antidiskriminierungsgesetzgebung

Es bleibt unklar, ob intersexuelle Menschen implizit durch den geltenden EU-Rechtsrahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung abgedeckt sind. Das liegt hauptsächlich daran, dass sich die EU-Gesetzgebung zur Gleichbehandlung der Geschlechter hierzu ausschweigt und die Definition des Grundes „Geschlecht“ immer noch auf dem binären Mann/Frau-Geschlechtsmodell beruht. Außerdem gelangte bisher noch kein Fall der Diskriminierung von intersexuellen Menschen vor den EuGH, der das derzeitige Verständnis des Grundes „Geschlecht“ hätte in Frage stellen können. Schiek, Waddington und Bell haben hier für ein bisschen mehr Klarheit gesorgt. Sie argumentieren mit dem Bestehen „einer engen Verbindung zwischen Intersexualität und sozialem oder biologischem Geschlecht, weshalb es nicht unlogisch wäre, auf Intersexualität oder Hermaphroditismus beruhende Unterschiede als geschlechtsbasiert zu definieren.“<sup>209</sup> Unterstützt wird ihr Argument in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *P. gegen S.*, in der der Gerichtshof feststellte, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie über die „Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht“ hinausgehe (*P. gegen S.*, Randnr. 20) wie auch durch die Entscheidung des deutschen Verfassungsgerichts zur Transsexualität<sup>210</sup>, in welcher das Gericht anerkannte, dass nicht alle transsexuellen Menschen eine vollständige Geschlechtsangleichung anstreben.

Man könnte als logischerweise annehmen, dass jeder Schritt der Gesetzgeber zum Schutz von Transgender-Menschen (die ihren Körper dem anderen Geschlecht nicht vollständig angleichen wollen) vor Diskriminierung auch einen ähnlichen Schritt zum Schutz von intersexuellen Menschen bedeuten würde. Es muss jedoch eine grundlegende Unterscheidung gemacht werden: Eine Diskriminierung von intersexuellen Menschen ist unmittelbar mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbunden (da sie eine Art der Diskriminierung von allen Menschen ist, die eine besondere biologische Konstellation aufweisen, die weder ausschließlich männlich noch ausschließlich weiblich ist) als die Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks (die sich auf die innere und individuelle Erfahrung des sozialen Geschlechts und seiner Manifestation beziehen). Die Debatte über eine Ausweitung der Gesetzgebung zur Gleichbehandlung der Geschlechter auf intersexuelle Menschen sollte also nicht mit der Debatte um transsexuelle Menschen verknüpft werden, da intersexuelle Menschen eine eigene Kategorie bilden, die keine Unterkategorie des Sammelbegriffs „trans“ ist.

### 1.1. Abdeckung intersexueller Menschen durch die nationale Antidiskriminierungsgesetzgebung

Zwei Mitgliedstaaten scheinen der vorgenannten Begründung gefolgt zu sein und die Diskriminierung von intersexuellen Menschen in die Auslegung der nationalen Gesetzgebung zur Gleichstellung der Geschlechter aufgenommen zu haben. In **Deutschland** wird der Grund der sexuellen Identität weit ausgelegt und deckt das

<sup>209</sup> Dagmar Schiek, Lisa Waddington & Mark Bell (2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing, auf S. 79.

<sup>210</sup> Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvL 3/03, 06.12.2005.

gesamte LGBTI-Spektrum ab, das normalerweise unter dem Grund *sexuelle Ausrichtung* für Heterosexuelle, Schwule, Lesben und Bisexuelle; *Geschlechtsidentität und -ausdruck* für Cisgender und Transsexuelle und *Geschlecht* für intersexuelle Menschen (zusammen mit Männern und Frauen) abgedeckt ist.

In **Finnland** folgt die Abdeckung intersexueller Menschen unter die nationale Gesetzgebung zur Gleichstellung der Geschlechter nach der Annahme eines Berichts zur Gleichstellung der Geschlechter durch das finnische Parlament im Jahr 2011. In diesem Bericht wurde gefordert, den Geltungsbereich des Gleichstellungsgesetzes auszuweiten, so dass alle geschlechtlichen Minderheiten abgedeckt sind. Der Gleichstellungsombudsmann hat eine weite Umsetzung des geltenden Gleichstellungsgesetzes gefordert, um 2011 alle trans- und intersexuellen Menschen abzudecken. Außerdem hat er darauf bestanden, dass das Gleichstellungsgesetz geändert werden muss, um Bestimmungen zum Schutz von geschlechtlichen Minderheiten vor Diskriminierung und zur Förderung ihrer Gleichstellung in der Gesellschaft aufzunehmen.

## 1.2. Ausdrücklicher Verweis auf intersexuelle Menschen in der nationalen Gesetzgebung

Ein ausdrücklicher Verweis auf intersexuelle Menschen in der nationalen Gesetzgebung ist lediglich aus dem **schottischen** Gesetz über Straftaten (*erschwerende Umstände aufgrund von Voreingenommenheit*) (Schottland) 2009<sup>211</sup> bekannt. Artikel 2 Absatz 8 schließt „Intersexualität“ bei der Bedeutung von „Transgender-Identität“ mit ein.

Während die Bereitstellung des Schutzes vor Hassverbrechen ein Meilenstein ist, zeigt die Einbeziehung von Intersexualität bei Transidentität, dass dem Gesetzgeber nicht bewusst war, dass intersexuelle Menschen eine andere Kategorie als transsexuelle Menschen bilden. Die Unsichtbarkeit von intersexuellen Menschen in der europäischen und nationalen Gesetzgebung spricht Bände über das fehlende Wissen über intersexuelle Menschen sowie über ihre Unsichtbarkeit in der Gesellschaft und ihren fehlenden Schutz vor Menschenrechtsverletzungen.

## 2. Rechtsprechung zur rechtlichen Anerkennung von intersexuellen Menschen und zu ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit

Gerichtsfälle, die sich auf intersexuelle Menschen beziehen, sind äußerst selten. Es scheint, dass bislang an den europäischen Gerichten erst zwei Rechtssachen anhängig waren; beide in Deutschland. Im ersten Fall strebte die Beschwerdeführerin in Personenstandsdokumenten die Einführung der Kategorie „intersexuell“ als Alternative zu dem binären Geschlechtsmodell mit seiner Einteilung in männlich und weiblich an, während die Beschwerdeführerin im zweiten Fall den Chirurgen verklagte, der ihr die primären weiblichen Geschlechtsorgane ohne ihre Einwilligung entfernt hatte. Sie forderte eine Entschädigung in Höhe von 100 000 EUR.

<sup>211</sup> Verweis in V.3.

## 2.1. Alternative Geschlechtsklassifizierung in Personenstandsurkunden

Während alternative Geschlechtseinträge (andere als männlich und weiblich) in Personenstandsurkunden in einigen Gesellschaften<sup>212</sup> anerkannt werden, gibt es in keinem einzigen EU-Mitgliedstaat ein System, das es Bürgern ermöglichen würde, das auf ihren Personenstandsurkunden angegebene Geschlecht in eine andere Klassifizierung zu ändern, die sich außerhalb des binären Geschlechtsmodells „männlich/weiblich“ befindet.

Im Jahr 2003 wurde vom Landgericht München ein Fall entschieden, in dem dieses binäre Geschlechtsmodell angefochten wurde.<sup>213</sup> Geklagt wurde von einer intersexuellen Person, die das Standesamt dazu aufforderte, den Eintrag unter Geschlechtsbezeichnung in „Zwitter“ (alter deutscher Ausdruck für zweigeschlechtlich) oder *Hermaphrodit/intersexuell* zu ändern. Der Standesbeamte lehnte die Änderung jedoch ab. In seinem Urteil erkannte das Gericht an, dass in der Natur „Hermaphroditen“ vorkommen. Es fuhr in seiner Begründung fort, dass die Klägerin kein echter „Hermaphrodit“ im Sinne der (engen) Definition sei, auf die es verwiesen hat<sup>214</sup> und das Gericht folglich nicht entscheiden müsse, „ob im Falle eines echten Hermaphroditismus „Zwitter“ als Geschlecht im Personenstandsregister eingetragen werden könnte“.

Das Gericht fuhr fort: „Die Eintragung von „intersexuell“ oder „intrasexuell“ als Geschlechtsbezeichnung im Personenstandsregister kommt nicht in Betracht [...], da diese Begriffe kein bestimmtes Geschlecht kennzeichnen [...]“ und „Biologie und Medizin gehen von der Zweigeschlechtlichkeit des Menschen aus und betrachten die verschiedenen Formen zweifelhafter Geschlechtszugehörigkeit als Ausnahmen vom Regelfall [...]“. Es wies die gegenteilige Forschung ab und stellte die Ansicht der Klägerin als „Mindermeinung“ dar.

Schließlich argumentierte das Gericht, dass sich aus den Grundrechten und der deutschen Verfassung kein Anspruch auf Anerkennung eines dritten Geschlechts herleiten lassen würde und dass die Einbeziehung einer dritten Geschlechtsklassifizierung „zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen würde“.

## 2.2. Recht auf körperliche Unversehrtheit

Wie bereits in Kapitel 1 besprochen, ist eine der grundlegendsten Menschenrechtsverletzungen gegenüber intersexuellen Menschen, dass sie nicht außerhalb des binären Geschlechtsmodells „männlich/weiblich“ leben dürfen. Tatsache ist, dass in vielen europäischen Ländern Operationen an intersexuellen Säuglingen und Kleinkindern ohne angemessene informierte Einwilligung durch die betroffenen intersexuellen Personen durchgeführt werden.

Im Jahr 2008 hat das Amtsgericht von Köln einen solchen Fall entschieden. Christiane Völling hatte den Chirurgen verklagt, der ihr 30 Jahre zuvor ohne ihre Einwilligung Uterus, Tube und Ovar entfernt hatte.<sup>215</sup> Frau Völling wurde mit unklaren äußeren Geschlechtsorganen geboren und als Junge aufgezogen. Als Kind identifizierte sie sich

<sup>212</sup> In **Indien** gibt es auf den Antragsformularen für einen Reisepass drei Geschlechtskategorien, nämlich „Männlich“, „Weiblich“ und „Sonstige“. Im April 2007 waren in **Neuseeland** nach Angaben des Innenministeriums fast 400 „X“ ausgestellt worden. Auf der Website des Ministeriums können klare Anweisungen zum Erhalt eines „X“-Reisepasses abgerufen werden. Ähnliche Möglichkeiten für einen Reisepass bestehen auch in **Australien, Malaysia, Nepal und Südafrika**. Die Möglichkeit eines dritten Geschlechts wird von intersexuellen Menschen nicht unbedingt unterstützt. OII beispielsweise fordert, dass der Geschlechtsmarker auf Personenstandsurkunden gestrichen wird und setzt sich andernfalls dafür ein, dass die Möglichkeit bestehen sollte, das Geschlecht unbestimmt zu lassen.

<sup>213</sup> *Landgericht München I 16. Zivilkammer*, 16 T 19449/02, 30.06.2003; in Schiek, Waddington & Bell (2007), auf S. 78/79.

<sup>214</sup> „Ein Mensch wird als „Zwitter“ bezeichnet, wenn sowohl Hoden als auch Eierstöcke vorhanden sind. Nur in diesem - extrem selten - auftretenden Fall wird von „echtem Hermaphroditismus“ gesprochen.“

<sup>215</sup> *Kölner Landgericht*, 25 O 179/07, 06.02.2008

jedoch als Mädchen. Als ihr mit 17 Jahren der Blinddarm entfernt wurde, wurde ihre Gebärmutter entdeckt, was dazu führte, dass ihr im darauffolgenden Jahr die vollständig intakten weiblichen Geschlechtsorgane entfernt wurden, ohne dass sie ordentlich informiert oder konsultiert wurde. Als Ergebnis dieser Operation musste die Klägerin im „falschen Geschlecht“ leben und litt infolge der Harnröhrenrekonstruktion unter einer chronischen, nahezu antibiotikaresistenten Harnwegsinfektion mit Nierenbeteiligung sowie an chronischen, krampfhaften Blasenentleerungsstörungen mit Restharnbildung. Außerdem vermännlichte ihr Körper durch die Testosterongabe. Frau Völling erlangte durch ein nicht in Bezug stehendes Ereignis Kenntnis von dem Vorfall, als ihr ein Fragebogen zu Intersexualität zugestellt wurde. In diesem Fall gelangte das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Arzt, „in schuldhafter Weise die Gesundheit“ und Selbstbestimmung verletzt hat.

2009 verurteilte das Kölner Landgericht den Chirurgen, an Frau Völling 100 000 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent seit dem 28. August 2007 zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits wurden dem Beklagten auferlegt.

### 3. Behandlung der Diskriminierung von intersexuellen Menschen im zukünftigen Recht

Nach den beiden vorstehend beschriebenen Fällen und dem Bewusstsein, das sie weckten, ist es kein Wunder, dass **Deutschland** in Bezug auf intersexuelle Fragestellungen führend ist. Im Jahr 2010 hat die deutsche Regierung vom Deutschen Ethikrat eine Expertenmeinung zur Lebenssituation von intersexuellen Menschen und den Herausforderungen erbeten, denen sie sich stellen müssen. Die Stellungnahme wird erstellt nach: (i) Anhörungen mit Experten und betroffenen Personen (Juni 2010 und Juni 2011); (ii) einer Online-Umfrage zur Situation intersexueller Menschen (Juni 2011) und (iii) einem Online-Diskurs (Juni-Juli 2011).

Die erste Einschätzung des Ethikrats nach der Anhörung, die als Grundlage für den Online-Diskurs<sup>216</sup> dient, zeigt unter anderem, dass: (i) es einen Konsens bezüglich der körperlichen Unversehrtheit von intersexuellen Personen gibt, dass „irreversible“ medizinische Eingriffe so lange wie möglich hinausgeschoben werden müssen; (ii) das Elternrecht, zum Wohl des Kindes zu entscheiden, seine Grenzen findet, wenn es um medizinische Eingriffe zur Geschlechtszuweisung geht, da sie den Kern des Persönlichkeitsrechtes jedes Menschen, seine Geschlechtsidentität und sexuelle Empfindungsfähigkeit betreffen und (iii): „[d]iese Personen [...] wegen des Diskriminierungsverbots und des Selbstbestimmungsrechts eigentlich nicht gezwungen werden [dürften], sich in die binären Kategorien männlich oder weiblich einzuordnen.“ (Betonung hinzugefügt). Die Veröffentlichung der abschließenden Stellungnahme wird für Ende 2011 erwartet. Darüber hinaus wurde im April 2011 ein Antrag im Deutschen Bundestag eingebracht, die Bundesregierung dazu aufzufordern, die Anerkennung und die Achtung der Besonderheiten intersexueller Menschen in verschiedenen Lebensbereichen einschließlich des Personenstands und statistischer Erhebungen zu fördern, die Operationen an intersexuellen Kindern zu beenden, Beratung zu bieten und das Thema Intersexualität unter anderem in Lehrpläne von Schulen aufzunehmen.<sup>217</sup>

Hoffentlich wird das Ergebnis des deutschen Diskurses und der Bundestagsdebatte aufmerksam von europäischen Institutionen und anderen nationalen Regierungen verfolgt.

<sup>216</sup> Online verfügbar unter: <http://diskurs.ethikrat.org/2011/06/eine-erste-einschätzung/>.

<sup>217</sup> Grundrechte von intersexuellen Menschen wahren (17/5528), 13.04.2011.

Sarah | 1979

# Fazit

Traurigerweise ist die Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen nach wie vor weit verbreitet und nimmt viele Formen an. Gleichzeitig sind die rechtlichen Mittel zur Bekämpfung dieser Diskriminierung eingeschränkt und die rechtliche Begründung im Zusammenhang mit ihr kann – zumindest beim derzeitigen Rechtsrahmen – schwierig sein. Wie schwierig es ist, ist jedoch auch von der betreffenden Rechtsordnung abhängig.

In dem vorliegenden Bericht wurde gezeigt, dass die internationale Menschenrechtsgesetzgebung Anlass zur Hoffnung gibt. Dort wird in wachsendem Maße anerkannt, dass die Geschlechtsidentität und der Geschlechtsausdruck eigene Diskriminierungsgründe darstellen. Es wird deshalb begrüßt, dass der EGMR Transsexualität als eigenständigen, gemäß Artikel 14 EMRK schützenswerten Grund anerkannt hat.

Im EU-Recht findet dieser Ansatz jedoch keine Anwendung. Das auf einer begrenzten Liste von Gründen basierende Nichtdiskriminierungsrecht der Union gestattet keine Ausweitung der Gründe durch die Rechtsprechung. Der einzig mögliche Ansatz, den auch der EuGH wählt, ist die weite Auslegung der bereits geltenden Gründe (im vorliegenden Fall: Geschlecht), so dass zumindest bestimmte Formen der Diskriminierung – speziell Diskriminierungsfälle im Zusammenhang mit einer Geschlechtsangleichung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks – einbezogen werden. Dieser Ansatz bleibt jedoch sehr eingeschränkt, da er nur eine kleine Gruppe von Menschen erfasst, die von einer Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks betroffen sind. Er schließt auch nicht speziell die Diskriminierung von intersexuellen Menschen ein, auch wenn „Geschlecht“ der Grund für die Diskriminierung intersexueller Menschen ist. Das liegt in erster Linie daran, dass das EU-Recht auf dem binären Geschlechtsmodell basiert, das zwischen Mann und Frau unterscheidet.

In einer Situation, in der eine Ausweitung der Zuständigkeiten der EU durch eine formale Vertragsänderung unwahrscheinlich ist, besteht der einzige pragmatische Ansatz auf der Ebene des EU-Rechts darin, den Begriff „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ noch weiter auszulegen, damit er mehr Formen der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität sowie aufgrund des Geschlechtsausdrucks und der Diskriminierung von intersexuellen Menschen einschließt. Deutschlands weiter Geltungsbereich des Grundes der sexuellen Identität kann hier als Beispiel dienen.

Ansonsten bleibt festzuhalten, dass die Anti-Diskriminierungsgesetze der EU nur Mindestnormen sind, welche die Mitgliedstaaten nicht davon abhalten, den Schutz vor Diskriminierung auf eine breitere Rechtsgrundlage zu stellen und die Opfer von Diskriminierungen besser zu schützen. Wie die Diskussion der bewährten Verfahren in diesem Bericht zeigt, gibt es vielversprechende Ansätze in den Rechtsvorschriften einiger Mitgliedstaaten, die für die anderen als Modell dienen können und sollten.



# Glossar der Schlüsselbegriffe

Die sich auf trans- oder intersexuelle Menschen beziehende Terminologie hat sich in den letzten Jahren deutlich geändert und sich beständig von einer medizinischen Sprache hin zu Begriffen und Definitionen entwickelt, die von Wissenschaftlern und Menschenrechtsvertretern vorgeschlagen werden. Die Debatte um Terminologie und Definitionen ist jedoch noch nicht beendet, so dass dieses Glossar in Zukunft möglicherweise aktualisiert werden muss.

**Binäres Geschlechtsmodell** bezieht sich auf Normen, die von der grob vereinfachenden Idee der Dichotomie zweier sich gegenseitig ausschließender und biologisch definierter Geschlechter ausgehen, denen traditionell verschiedene Rollen und Verhaltensweisen zugeschrieben werden.

**Cisgender** ist ein Begriff, der sich auf die Menschen bezieht, bei denen die Geschlechtsidentität und der Geschlechtsausdruck mit dem ihnen bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht und mit den damit verbundenen sozialen Erwartungen übereinstimmt.

**Cisnormativität** bezieht sich auf die Praktiken und Institutionen, die diejenigen legitimieren und bevorzugen, die sich in dem Geschlecht wohl fühlen, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Andererseits benachteiligt diese Norm systematisch alle Menschen und grenzt sie aus, deren Geschlechtsidentität und Geschlechtsausdruck nicht den sozialen Erwartungen entsprechen.

**Störungen der Geschlechtsentwicklung (DSD)** ist ein medizinischer Begriff, der den Begriff intersexuell in medizinischen Kreisen vor kurzem ersetzt hat und sich auf einen angeborenen Zustand bezieht, bei dem die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen oder anatomischen Geschlechts als untypisch betrachtet wird.

**Soziales Geschlecht (gender)** bezieht sich auf die interne Wahrnehmung und Erfahrung von Männlichkeit und Weiblichkeit und auf das soziale Konstrukt, das bestimmte Verhaltensweisen männlichen oder weiblichen Rollen zuordnet. Diese unterscheiden sich in den einzelnen geschichtlichen Epochen, Gesellschaften, Kulturen und Klassen. Das soziale Geschlecht ist folglich eng verbunden mit den Erwartungen der Gesellschaft und ist keine rein biologische Angelegenheit.

**Geschlechtsausdruck** bezieht sich auf die Darstellung der Geschlechtsidentität einer Person und auf deren Wahrnehmung durch andere. Typischerweise versuchen Menschen, ihren Geschlechtsausdruck oder ihre Geschlechtsdarstellung ihrer/ihren Geschlechtsidentität/en anzupassen, unabhängig von dem Geschlecht, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde.

**Geschlechtsidentität** bezieht sich auf die tief empfundene innere und individuelle Erfahrung von sozialem Geschlecht. Diese kann, muss aber nicht, übereinstimmen mit dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht, dem persönlichen Körpergefühl (was, wenn es frei gewählt wird, Änderungen der körperlichen Erscheinung oder Funktion durch medizinische, chirurgische oder sonstige Mittel umfassen kann) und anderen Formen, das Geschlecht auszudrücken, wie Kleidung, Sprache und Manierismen.<sup>218</sup>

**Geschlechtsidentitätsstörung (GID)** wird sowohl in der *Internationalen Statistischen Klassifizierung der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (Abschnitt F Psychische Störung)* der WHO als auch in dem *Diagnostischen und Statistischen Handbuch Psychischer Störungen* der American Psychiatric Association (APA) aufgeführt. Es ist die Diagnose einer klassifizierten psychischen Störung, die von Psychiatern und Psychologen angewendet wird, um

<sup>218</sup> So definiert in den Yogyakarta-Prinzipien.

ein starkes Unbehagen und das Gefühl der Ablehnung zu klassifizieren, das manche Menschen gegenüber ihrer Verkörperung des Geschlechts und ihrer innerlich gefühlten Geschlechtsidentität haben.

**Der Geschlechtsmarker** ist eine geschlechtsspezifische Kennung auf offiziellen Dokumenten. Die offensichtlichsten Geschlechtsmarker sind Angaben wie männlich/weiblich oder Herr/Frau/Fräulein. Sie befinden sich häufig auf Personalausweisen, Führerscheinen, Geburtsurkunden, Zeugnissen, Personenstandsurkunden und Steuerformularen. Weniger offensichtliche Geschlechtsmarker können codierte Nummern wie Sozialversicherungsnummern oder Steuernummern sein.

**Geschlechtsangleichung** bezieht sich auf einen Prozess, durch den Menschen das Geschlecht, in dem sie leben, neu definieren, um so ihre Geschlechtsidentität besser zum Ausdruck zu bringen. Der Begriff wird häufig für einen Prozess verwendet, der möglicherweise eine ärztliche Unterstützung erforderlich macht. Dazu gehören Hormontherapien und operative Verfahren, denen sich transsexuelle Menschen unterziehen, um ihren Körper ihrem sozialen Geschlecht anzupassen. Zu dem Prozess gehören aber auch alle oder einige der folgenden sozialen und rechtlichen Anpassungen: Coming-out gegenüber der Familie, den Freunden und Kollegen; sich dem sozialen Geschlecht entsprechend zu kleiden und zu verhalten; Änderung des Namens und/oder Geschlechts auf offiziellen Dokumenten; je nach dem nationalen Recht Durchführung weiterer rechtlicher oder gerichtlicher Verfahren. In der Rechtssache *P. gegen S.* hat der EuGH bestätigt, dass die Geschlechtsangleichung im EU-Recht unter den Geltungsbereich des Grundes „Geschlecht“ fällt.

**Geschlechtsvariant** bezieht sich auf jeden Menschen, dessen normative Geschlechtsidentität und Geschlechtsrolle von dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht abweicht.

**Interphobie** bezieht sich auf negative kulturelle und persönliche Überzeugungen, Meinungen, Einstellungen und Verhaltensweisen, die auf Vorurteilen, Ekel, Angst und/oder Hass gegenüber/vor intersexuellen Menschen oder gegenüber Abweichungen des physischen Geschlechts basieren. Institutionelle Interphobie manifestiert sich durch das binäre Geschlechtsmodell und die Pathologisierung und Medikalisierung intersexueller Körper. Soziale Interphobie manifestiert sich durch Marginalisierung, soziale Ausgrenzung und Exotisierung.

**Intersex (oder inter\*)** bezieht sich auf Menschen, die genetische, hormonelle oder körperliche Merkmale haben, die weder ausschließlich männlich noch ausschließlich weiblich sind, sondern gleichzeitig typisch für beide oder nicht eindeutig als eins von beiden definiert sind. Diese Merkmale können sich in den sekundären Geschlechtsmerkmalen wie Muskelmasse, Haarverteilung, Brüsten und Statur zeigen; in den primären Geschlechtsorganen wie den Fortpflanzungsorganen und Genitalien und/oder in chromosomalen Strukturen und Hormonen. Der Begriff intersexuell hat den Begriff „Hermaphrodit“ ersetzt, der im 18. und 19. Jahrhundert unter Ärzten sehr verbreitet war.

**Körperliches Geschlecht (sex)** bezieht sich auf die biologischen Parameter wie primäre und sekundäre Geschlechtsorgane, Gene und Hormone. Das juristische Geschlecht wird normalerweise bei der Geburt zugewiesen. Traditionell wurde es so aufgefasst, dass es zwei sich gegenseitig ausschließende Gruppen gibt, nämlich Männer und Frauen. Aber „[d]er Gerichtshof hat festgestellt, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des natürlichen Geschlechts einer Person beschränkt werden kann. Angesichts seiner Zielsetzung und der Art der Rechte, die damit geschützt werden sollen, gilt er auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsangleichung.“<sup>219</sup> Zusätzlich zu oben Stehendem sollte die rechtliche Definition von „Geschlecht“ intersexuelle Personen umfassen.

**Trans (oder trans\*)** ist ein inklusiver Oberbegriff, der sich auf Menschen bezieht, deren Geschlechtsidentität und/oder Geschlechtsausdruck sich von dem Geschlecht unterscheidet, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde.

<sup>219</sup> Neufassungsrichtlinie (Richtlinie 2006/54/EG), Erwägungsgrund 3.

Er umfasst unter anderem: Männer und Frauen mit einer transsexuellen Vergangenheit und Menschen, die sich als Transsexuelle, Transgender, Transvestiten/Cross-Dresser, androgyn, polygender, genderqueer, agender oder geschlechtsvariant bezeichnen und Menschen, die eine andere Geschlechtsidentität und/oder einen anderen Geschlechtsausdruck haben und nicht dem Standard „männlich“ oder „weiblich“ entsprechen und die ihr Geschlecht durch ihre Kleiderwahl, die Präsentation ihres Körpers oder durch Körpermodifikationen darstellen. Dazu gehört auch, dass sie sich zahlreichen Operationen unterziehen.

**Transphobie** bezieht sich auf negative kulturelle und persönliche Überzeugungen, Meinungen, Einstellungen und Verhaltensweisen, die auf Vorurteilen, Ekel, Angst und/oder Hass gegenüber/vor transsexuellen Menschen oder gegenüber Abweichungen der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks basieren. Institutionelle Transphobie manifestiert sich durch rechtliche Sanktionen, Pathologisierung und durch fehlende/unpassende Mechanismen zur Bekämpfung von Gewalt und Diskriminierung. Soziale Transphobie äußert sich unter den Erscheinungsbildern körperlicher oder sonstiger Gewalt, in Hassreden, Diskriminierung, Drohungen, Ausgrenzungen, sozialem Ausschluss, Exotisierung, Spott und Beschimpfungen.

**Transgender** bezieht sich auf die transsexuellen Menschen, die ständig in ihrem bevorzugten sozialen Geschlecht leben, ohne sich notwendigerweise einem/mehreren medizinischen Eingriffe/n zu unterziehen. Bis vor kurzem war das auch der wichtigste Sammelbegriff, der sich auf alle Transmenschen bezog. Inzwischen wird aber der Begriff „trans“ bevorzugt. Er wird als Begriff wahrgenommen, der eher alle Trans-Gemeinschaften umfasst.

**Transsexuell** bezieht sich auf Menschen, die sich mit der Geschlechtsrolle des anderen Geschlechts als des ihnen bei der Geburt zugewiesenen identifizieren und versuchen, dauerhaft in der bevorzugten Geschlechtsrolle zu leben. Das geht häufig mit einer heftigen Ablehnung ihrer primären und sekundären Geschlechtsmerkmale einher und dem Wunsch, den Körper dem bevorzugten Geschlecht anzupassen. Transsexuelle Menschen beabsichtigen es möglicherweise, sich einer Geschlechtsangleichung zu unterziehen, unterziehen sich gerade einer solchen oder haben sich ihr bereits unterzogen (das kann, muss aber nicht eine Hormontherapie oder operative Verfahren beinhalten).

**Transvestiten/Cross-Dresser** genießen es, zu bestimmten Zeiten die Kleider des anderen Geschlechts zu tragen. Ihre Identifikation mit einem anderen Geschlecht kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Die Ausprägung kann von sehr stark (eigentliches Geschlecht) bis so schwach sein, dass sie einen weniger kritischen Teil der Identität ausmacht. Einige Transvestiten oder Cross-Dresser suchen möglicherweise medizinische Hilfe für die Angleichung und leben irgendwann in ihrem Leben dauerhaft in ihrem bevorzugten Geschlecht. Andere tragen weiterhin für den Rest ihres Lebens manchmal die Kleider des anderen Geschlechts.

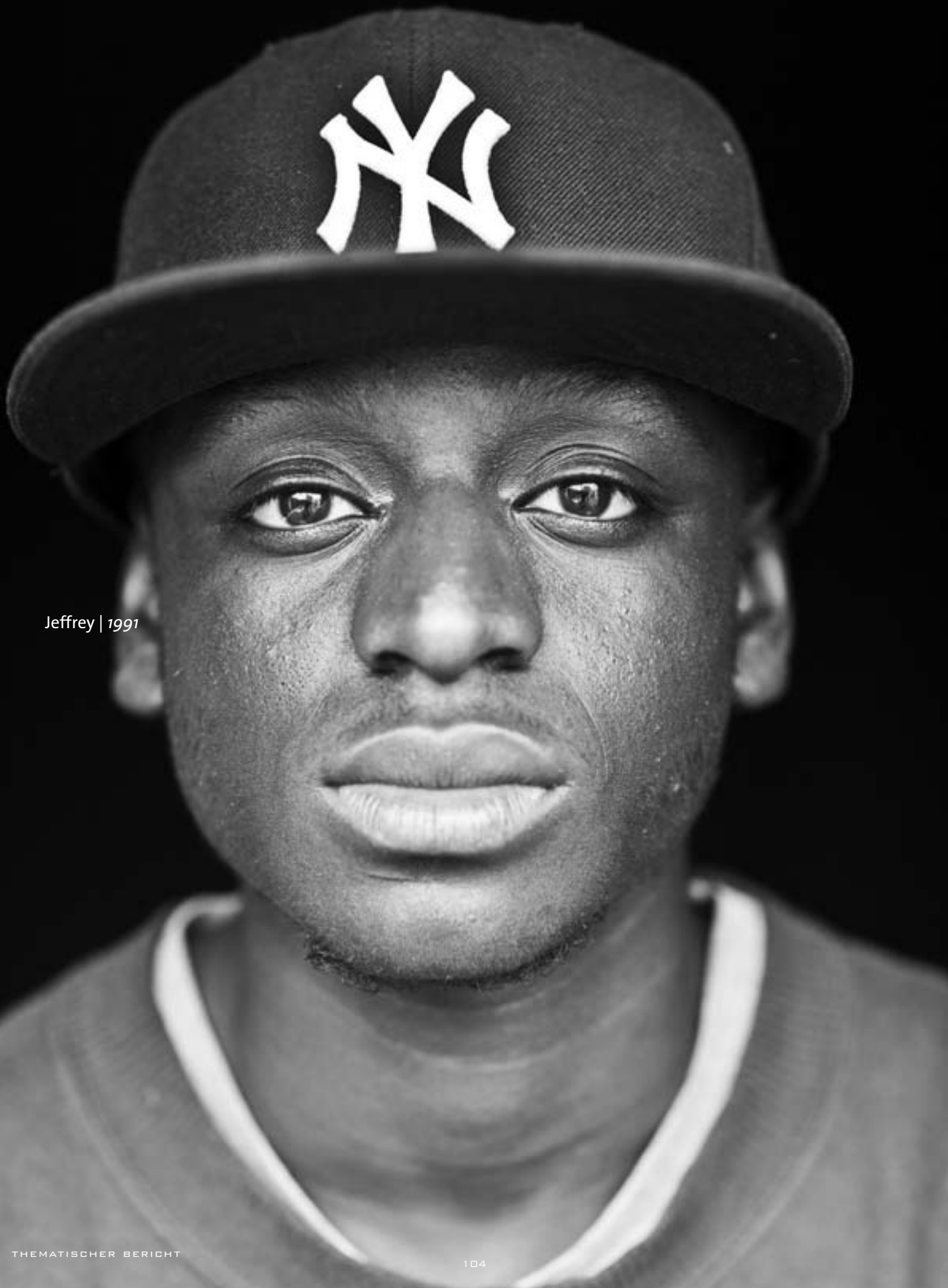
# Liste der Rechtssachen

## Europarat, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EuGH)

*Van Oosterwijk gegen Belgien*, Beschwerde-Nr. 7654/76, 6. November 1980  
*Rees gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 9532/81, 17. Oktober 1986  
*Cossey gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 10843/84, 27. September 1990  
*B. gegen Frankreich*, Beschwerde-Nr. 13343/87, 25. März 1992  
*X, Y und Z gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 21830/93, 22. April 1997 (Große Kammer)  
*Sheffield und Horsham gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 22985/93 & 23390/94, Entscheidung vom 30. Juli 1998 (Große Kammer)  
*Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 28957/95, 11. Juli 2002 (Große Kammer)  
*I. gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 25680/94, 11. Juli 2002 (Große Kammer)  
*van Kück gegen Deutschland*, Beschwerde-Nr. 35968/97, 12. Juni 2003  
*Grant gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 32570/03, 23. Mai 2006  
*Parry gegen Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 42971/05, 28. November 2006  
*L. gegen Litauen*, Beschwerde-Nr. 27527/03, 11. September 2007  
*Schlumpf gegen die Schweiz*, Beschwerde-Nr. 29002/06, 8. Januar 2009

## Europäische Union, Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)

Rechtssache 149/77 *Gabrielle Defrenne gegen SABENA*, Slg. 1978, 1365  
 Rechtssache C-177/88 *Dekker gegen Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen*, Slg. 1990, I-3941  
 Rechtssache C-13/94 *P gegen S und Cornwall* [1996] Slg. I-2143  
 Rechtssache C-237/94 *John O'Flynn gegen Adjudication Officer*, Slg. 1996, I-2617  
 Rechtssache C-249/96 *Lisa Jacqueline Grant gegen South-West Trains Ltd.* [1998] Slg. I-621  
 Rechtssache C-322/98 *Bärbel Kachelmann gegen Bankhaus Hermann Lampe KG*, Slg. 2000, I-7505  
 Rechtssache C-79/99 *Julia Schnorbus gegen Land Hessen*, Slg. 2000, I-10997  
 Rechtssache C-117/01 *K.B. gegen National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Slg. 2004, I-541  
 Rechtssache C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi gegen Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Slg. 2005, I-1789  
 Rechtssache C-144/04 *Werner Mangold gegen Rüdiger Helm*, Slg. 2005, I-9981  
 Rechtssache C-423/04 *Sarah Margaret Richards gegen Secretary of State for Work and Pensions*, Slg. 2004, I-3585  
 Rechtssache C-267/06 *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Slg. 2008, I-1757  
 Verbundene Rechtssachen C-231/06 bis C-233/06 *Office national des pensions gegen Emilienne Jonkman und Hélène Vercheval; Noëlle Permesaen gegen Office national des pensions*, Slg. 2007, I-5149  
 Rechtssache C-303/06 *S. Coleman gegen Attridge Law und Steve Law*, Slg. 2008, I-5603  
 Verbundene Rechtssachen C-402/07 und C-432/07 *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon und Alana Sturgeon gegen Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) und Stefan Böck und Cornelia Lepuschitz gegen Air France SA (C-432/07)*, Slg. 2009, I-10923  
 Rechtssache C-555/07 *Seda Küçükdeveci gegen Swedex GmbH & Co. KG*, Urteil vom 19. Januar 2010, noch nicht veröffentlicht  
 Rechtssache C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier gegen Conseil des ministres*, Urteil vom 1. März 2011, noch nicht veröffentlicht  
 Rechtssache C-147/08 *Jürgen Römer gegen Freie und Hansestadt Hamburg*, Urteil vom 10. Mai 2011, noch nicht veröffentlicht



Jeffrey | 1991

# Nationale Rechtsprechung

## Österreich

Verfassungsgerichtshof, V 4/06-7, 08.06.2006

Verfassungsgerichtshof, B 1973/08-13, 03.12.2009

Verwaltungsgerichtshof, 2008/17/0054, 27.02.2009

Verwaltungsgerichtshof, 2008/06/0032, 15.09.2009

Verwaltungsgerichtshof, 2009/17/0263, 17.02.2009

## Belgien

*Raad van State* [Staatsrat], *X against State (Minister of Interior) (gegen den Staat (Innenminister))*, Nr. 165.110, 24.11.2006

*Tribunal de première instance de Mons* [Erstinstanzliches Gericht von Mons], 10.10.2001

*Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen* [Erstinstanzliches Gericht von Antwerpen], *V.S.P.J.C.*, 27.06.2003

## Frankreich

*Cour de Cassation* [Oberstes Gericht], *Assemblée Plénière* [Plenary Assembly], Nr.°91-12.373, 11.12.1992

## Dänemark

*Ligestillingsnævnet* [Amt für Geschlechtergleichstellung], Afgørelse nr. 23/2001, BGR / J.nr. E.2.1.0008, 21.11.2001

*Ligestillingsnævnet* [Amt für Geschlechtergleichstellung], Afgørelse nr. 32/2005, BGR / J.nr. E.2.2.148, 19.12.2005

## Deutschland

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvR 16/72, 11.10.1978

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, BvL 38/92, 26.01.1993

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, BvR 1833/95, 15.08.1996

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvL 3/03, 06.12.2005

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvL 1/04, 1 BvL 12/04, 08.07.2006

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvL 10/05, 27.5.2008

Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvR 3295/07, 28.01.2011

Bundessozialgericht, BSGE, 62, 83, B 1 KR 9/04 R, 19.10.2004

Landgericht München I 16. Zivilkammer, 16 T 19449/02, 30.06.2003

Landgericht, 25 O 179/07, 06.02.2008 (Christiane Völling)

## Irland

High Court, *Foy -v- An t-Ard Chlaraitheoir & Ors*, IEHC 116, 09.07.2002

High Court, *Foy -v- An t-Ard Chlaraitheoir & Ors*, IEHC 470, 19.10.2007

Gleichstellungstribunal, *Louise Hannon gegen First Direct Logistics Ltd.*, Entscheidung Nr. DEC-E2011-066, 29.03.2011.

## Italien

Corte Costituzionale [Verfassungsgericht], *Mr Borriello*, 06.05.1985

Tribunale per i Minorenni di Perugia [Jugendgericht Perugia], *LY und MM*, 22.07.1997

*Tribunale di Roma* [Zivilgericht Rom], *SICA gegen Standesbeamten*, 18.10.1997  
*Tribunale di Milano* [Zivilgericht von Mailand], *VI gegen Standesbeamten*, 05.10.2000  
*Tribunale di Brescia* [Zivilgericht von Brescia], *E.S. gegen Standesbeamter*, 15.10.2004  
*Tribunale di Velletri* [Zivilgericht von Velletri], *X gegen Standesbeamter*, 02.11.2005  
*Corte di Appello di Firenze* [Appellationsgericht von Florenz], *F. P. gegen Standesamt*, 23.11.2007  
*Tribunale di Pisa* [Zivilgericht von Pisa], *XX gegen Standesbeamter*, 15.01.2008  
*Tribunale amministrativo regionale di Lazio* [Regionales Verwaltungsgericht von Latium], *L. Vivaldo und M. Rizk gegen Präfektur von Rom*, 17.05.2008

### **Lettland**

Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departaments [Abteilung für Verwaltungssachen des Senats des Obersten Gerichtshofs], *V.L. gegen das Standesamt Riga des Stadtrats von Riga*, Rechtssache Nr. A42229505 SKA-5/2008, 14.01.2008

### **Malta**

Verfassungsgericht, *Lawrence sive Roxanne Cassar v Honourable Prime Minister*, 14.07.1995  
 Verfassungsgericht, *Raymond Gilford known as Rachel Gilford v Director of Public Registry*, 09.10.2001  
*Qorti Ċivili Prim' Awla (Ġurisdizzjoni Kostituzzjonali)* [Civil First Hall (Verfassungsgerichtsbarkeit)], *Joanne Cassar v Direttur Tar-Reġistru Pubbliku u L-Avukat Ġenerali*, Rikors Nr. 43/2008, 30.11.2010  
*Qorti Ċivili Prim' Awla* [Civil First Hall], *Elaine sive Shaun Bonello v Direttur tar-Reġistru Pubbliku*, Rikors Nr. 1035/10 JA, 28.03.2011

### **Die Niederlande**

*Rechtbank 's-Gravenhage* [Bezirksgericht], AWB 02/94109, LJN AO3931, 22.01.2004  
*Kantonrechter Harderwijk* [Amtsgericht], Rechtssache 344701 CV EXPL 08-1698 (*nicht veröffentlicht*), 16.12.2009  
*Commissie Gelijke Behandeling* [Gleichbehandlungskommission], Oordeel 1998-12, 17.02.1998  
*Commissie Gelijke Behandeling* [Gleichbehandlungskommission], Oordeel 2003-139, 17.11.2003  
*Commissie Gelijke Behandeling* [Gleichbehandlungskommission], Oordeel 2006-33, 09.03.2006

### **Polen**

Oberstes Gericht, I CZP 100/77, 02.02.1978  
 Oberstes Gericht, III CZP 37/89, 22.06.1989  
 Oberstes Gericht, III CRN 28/91, 22.03.1991  
 Oberstes Gericht, III CZP 118/95, 22.09.1995  
*Sąd Apelacyjny w Katowicach* [Appellationsgericht in Kattowitz], I ACa 276/04, 30.04.2004  
*Sąd Rejonowy w Łodzi* [Kreisgericht in Łódź], *Case against A.F. and D.A.*, Dezember 2004  
*Szef Urzędu ds Cudzoziemców* [Leiter des Ausländeramtes], 01.10.2007  
*Naczelny Sąd Administracyjny* [Oberstes Verwaltungsgericht], II OSK 845/07, 16.07.2008

### **Rumänien**

*Judecatoria Sectorului 2 Bucuresti* [Erstinstanzliches Gericht von Bukarests zweitem Bezirk] *Rechtssache D. Sentinta Civila* [Zivilurteil] Nr. 1656, Akte Nr. 1338/300/2004, 23.02.2006



## Spanien

*Tribunal Supremo* [Oberster Gerichtshof], Sentencia del Tribunal Supremo 929/2007 (Sala de lo Civil, Sección Pleno), 17.09.2007

*Tribunal Constitucional* [Verfassungsgericht], Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, 22.12.2008

*Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* [Obergericht von Katalonien], STSJ Cataluña, Barcelona, núm. 142/2007 26.03.2007

*Audiencia Provincial de Cádiz* [Provinzgericht von Cádiz], Sentencia 121/2007 de la Audiencia Provincial de Cádiz, 15.05.2007

## Vereinigtes Königreich

House of Lords, *Bellinger v Bellinger* [2003] UKHL 21; [2003] 2 AC 467; [2003] 2 WLR 1174; [2003] 2 All ER 593, 10.04.2003

House of Lords, *A v Chief Constable of West Yorkshire* [2004] UKHL 21; [2005] 1 AC 51; [2004] 2 WLR 1209; [2004] 3 All ER 145, 06.05.2004

Court of Appeal (Civil Division) [Zivilrechtskammer], *Croft v Royal Mail Group plc* [2003] EWCA Civ 1045; [2003] IRLR 592, 18.07.2003

Court of Appeal (Civil Division) [Zivilrechtskammer], *J v C (Void Marriage: Status of Children)* [2006] EWCA Civ 551; [2006] 2 FLR 1098, 15.05.2006

High Court, Queen's Bench Division, *R (on the application of AB) v Secretary of State for Justice*, [2009] EWHC 2220, 04.09.2009

Employment Appeal Tribunal [Berufungsgericht für Arbeitsrechtsfragen], *Chessington World of Adventures Ltd v Reed* [1998] ICR 97; [1997] IRLR 556, 27.06.1997

Brighton Employment Tribunal [Arbeitsgericht], *X v Brighton and Hove City Council*, June 2007

Probate, Divorce & Admiralty Division of the High Court, *Corbett v Corbett* [1970] 2 WLR 1306; [1971] P 83, 02.02.1970

# Akronyme & Abkürzungen

ABl.	Amtsblatt
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
APA	American Psychological Association
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
DSD	Störungen der Geschlechtsentwicklung
DSM	Diagnostisches und Statistisches Handbuch Psychischer Störungen
EG	Europäische Gemeinschaft
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EIGE	Europäisches Institut für Gleichstellungsfragen
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EQUINET	Europäisches Netzwerk der Gleichbehandlungsstellen
ER	Europarat
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
FRA	Agentur der Europäischen Union für Grundrechte
GA	Generalanwalt
GB	Großbritannien
GD	Generaldirektion
GID	Geschlechtsidentitätsstörung
HRC	Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen
ICD	Internationale Klassifikation der Krankheiten
ILGA-Europe	European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association
LGBT	Lesben, Homosexuelle, Bisexuelle und Transmenschen
LGBTI	Lesben, Homosexuelle, Bisexuelle, Transmenschen und Intersexuelle
NEB	Nationale Gleichbehandlungsstelle
NI	Nordirland
n.y.r.	noch nicht veröffentlicht
OII	Organisation Intersex International
TGEU	Transgender Europe
TSG	Transsexuellengesetz
UK	Vereinigtes Königreich
UN	Vereinte Nationen
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WPATh	World Professional Association for Transgender Health

# Literaturverzeichnis

Anselmo, Alice (2004), I transsessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità, *Diritto comunitario e degli scambi internazionale* 2004, 719-737.

Barnard, Catherin (1997), *Kyte Flying or a New Constitutional Approach?*, in: Alan Dashwood/Síofra O'Leary (Hrsg.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London/Dublin/Hong Kong: Sweet & Maxwell, 59-79.

Barnard, Catherine (1999), *Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant v. South-West Trains*, in: Alan Dashwood/Angela Ward (Hrsg.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 1, 1998, Oxford: Hart Publishing 1999, 147-173.

Battaglia, Elisa (2004), "Sesso" e "orientamento sessuale" nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, *Il Diritto dell'Unione Europea* 2004, 599-618.

Bell, Mark (1999), *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, *European Law Journal* 1999, 63-81.

Berthou, Katell & Masselot, Annick (1998), *La CJCE et les couples homosexuels*, *Droit social* 1998, 1034-1039.

Bornstein, Kate (1994). *Gender Outlaw: On Men, Women and the Rest of Us*, New York: Vintage Books.

Bornstein, K. & Bear Bergman, S. (2010), *Gender Outlaw: The Next Generation*, Berkeley: Seal Press.

Brems, E. (1999), (Fallnotizen zu *P. gegen S.*), *Columbia Journal of European Law* 1998, 339-345.

Bruce, Carolan (1999), *Hope fades for EU recognition of same-sex partnerships*, *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland* 1999, 44-47.

Burrows, Norreen (1998), *Sex and Sexuality in the European Court*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1998, 153-158.

Butler, Judith (2004), *Undoing Gender*, New York: Routledge.

Campbell, Angus & Lardy, Heather (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, *European Law Review* 1996, 412-418.

Canor, Iris (2004), (Case note on *K.B.*), *Common Market Law Review* 41 (2004), 1113-1125.

Commissioner for Human Rights (2009), *Human Rights and Gender Identity*, Straßburg: Europarat

Commissioner for Human Rights (2011), *Lesbian, gay, bisexual and transgender persons still face discrimination in Europe*, Straßburg: Europarat

Denys, Christine (1999), *Homosexuality: a non-issue in Community law?*, *European Law Review* 1999, 419-425.

Elósegui Itxaso, María (2004), El TJCE y el matrimonio de transsexuales. Una interpretación “ultra vires”. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de enero de 2004, K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, Asunto C-117/01, Unión Europea 2004, 13-24.

Equality and Human Rights Commission (2010), Provision of goods, facilities and services to trans people: Guidance for public authorities in meeting your equality duties and human rights obligations, London: Equality and Human Rights Commission.

Equality Opportunities Commission (2008), Overview of the gender equality duty: Guidance for public bodies working in England, Wales and Scotland, London: Equality Opportunities Commission.

Ettelbrick, Paule & Trabucco Zerán, Alia (2010), The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development A Study of November 2007 – June 2010 (Final Report).

Europäische Kommission (2007), Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung. Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften, Luxemburg: Büro für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

European Network of Equality Bodies (2010), Making equality legislation work for Trans People, Brussels: EQUINET.

European Network of Equality Bodies (2010), Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V., Brüssel: EQUINET.

European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (2010), Transgender Persons’ Rights in the EU Member States, Brüssel: Europäisches Parlament.

European Trade Union Confederation (2008), Extending equality: Trade union actions to organise and promote equal rights, respect and dignity for workers regardless of their sexual orientation and gender identity, Brüssel: Europäischer Gewerkschaftsbund.

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2008) Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten Teil 1 - Rechtliche Analyse, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2009) Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten Teil II - Die soziale Lage, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (2010) Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten Vergleichende rechtliche Analyse, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

European Union Agency for Fundamental Rights (2010), Country thematic studies on homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity – 2010 update. (unveröffentlicht), verfügbar unter [http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/background\\_cr/lgbt\\_country-reports\\_2010\\_en.htm](http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/background_cr/lgbt_country-reports_2010_en.htm)

European Union Agency for Fundamental Rights & European Court of Human Rights (2011), Handbook on European Non-Discrimination Law, Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union.

Fabeni, Stefano & Agius, Silvan (2009), *Transgender People and the Gender Recast Directive: Implementation Guidelines*, Brüssel: ILGA-Europe.

Flynn, Leo (1997), (Fallnotiz zu *Grant*), *Common Market Law Review* 1997, 367-387.

Foubert, Petra (2004), (Fallnotiz zu *K.B.*), *Sociaal-economische Wetgeving* 2004, 441-444.

Hauser, Jean (1996), (Fallnotiz zu *P. gegen S.*), *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, 579.

Heerma van Voss, G.J.J. (1997), (Fallnotiz zu *P. gegen S.*), *Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten/NJCM Bulletin* 1997, 284-286.

Helfer, Larry (1999), Fallnotiz *Grant*, *American Journal of International Law* 1999, 200-205.

Hinkle, Curtis E. (undatiert), Why is OII not using the term DSD or "Disorders of Sex Development"? online verfügbar unter [http://www.intersexualite.org/Response\\_to\\_Intersex\\_Initiative.html#anchor\\_42](http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html#anchor_42).

Karkazis, K. (2008), *Fixing Sex: Intersex, Medical Authority, and Lived Experience*, Durham: Duke University Press.

Lehrnould, Ph. (2004), *Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales*, *Revue de jurisprudence sociale* 2004, 263-265.

Longo, Erik (2006), *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, *Cuaderni costituzionali* 2006, 581-584.

Lynskey, O. (2006), (Case note on *Richards*), *Revue du Droit de L'Union Européenne* 2006, 462-466.

McInnes, John (1998), (Fallnotiz zu *Grant*), *Common Market Law Review* 1999, 1043-1058.

McIlroy, Cat (2009), *Transphobia in Ireland: Research Report*, Dublin: Ireland Transgender Equality Network.

Mitchell, M. & Howarth, C. (2009), *Trans research review*, London: Equality and Human Rights Commission.

More, Gillian (1999), *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?*, in: Paul Craig & Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford 1999, 517-553.

Motmans, Joz (2010), *Being Transgender in Belgium: Mapping the Social and Legal Situation of Transgender People*, Brüssel: Institut für die Gleichstellung von Frauen und Männern.

Pallaro, Paolo (1998), *Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, fra transsessualismo e libertà di orientamento sessuale*, *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 1998, 609-619.

Paterson, S., Kielinger, V., & Fletcher, H. (2008), *Women's Experience of Homophobia and Transphobia: Survey Report*, London: The Metropolitan Police Service.

Roch, Amy, Ritchie, Graham, & Morton, James (2010), *Out of sight, out of mind? Transgender People's Experiences of Domestic Abuse*, Scotland: LGBT Youth Scotland & Equality Network.

Scottish Transgender Alliance (2008), *Transgender Experiences in Scotland: Research Summary*, Edinburgh: Equality Network.

Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa & Bell, Mark (2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing.

Schiek, Dagmar & Chege, Victoria (2009), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London/New York: Routledge-Cavendish.

Schilt, Kristen & Wiswall, Matthew (2008), *Before and After: Gender Transitions, Human Capital, and Workplace Experiences*, *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*: Band 8: Ausgabe 1 (Beiträge), Artikel 39.

Skidmore, Paul (1997), *Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination*, *Industrial Law Journal* 1997.

Stychin, C. (1997), *Troubling Genders: A Comment on P v S and Cornwall County Council*, *International Journal of Discrimination and the Law* 1997, 217-230.

Swatschek, Sheila (2005), *Transsexuality and International Private Law*, Brüssel: ILGA-Europe.

The Equal Rights Trust (2008), *Declaration of Principles on Equality*, London: The Equal Rights Trust.

The Yogyakarta Principles: *Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity* (2006), available at <http://www.yogyakartaprinciples.org/>.

Tomasi, Laura (2004), *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, 977-998.

Tobler, Christa (2000), *Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam*, *European Journal of Law Reform* 2000, 135-153.

Tobler, Christa (2001), *Der Begriff der Ehe im EG-Recht*, *Die Praxis des Familienrechts* 2001, 479-499.

Tobler, Christa (2001), *Same-Sex Couples under EU Law*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2001, 269-286.

Tobler, Christa (2005), *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia.

Tobler, Christa (2005), *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law (for the European Commission)*, Luxembourg: Büro für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Tobler, Christa (2008), *Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung (für die Europäische Kommission)*, Luxembourg: Büro für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften.

Tobler, Christa & Waaldijk, Kees (2009), (Fallnotiz zu *Maruko*), *Common Market Law Review* 2009, 723-746.

Lara Trucco (2004), *Transsessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2004, 825-831.

Turner, Louis, Whittle, Stephen & Combs, Ryan (2009), *Transphobic Hate Crime in the European Union*, London: Press for Change.

Valvo, Anna Lucia (2004), (Fallnotiz zu *K.B.*), *Rivista della cooperazione giuridica internazionale* 2004, 173-175.

Violini, Lorenza (2004), *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, *Quaderni costituzionali* 2004, 414-416.

Whittle, S., Turner, L., & Al-Alami, M. (2007), *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination*, Wetherby: The Equalities Review.

Whittle, Stephen, Turner, Lewis, Combs, Ryan & Rhodes, Stephenne (2008), *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, Brüssel: ILGA-Europe & TGEU.

Wintemute, Robert (1997), *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, *Modern Law Review* 1997, 334-359.

Wintemute, Robert (1998), *When is Pregnancy Discrimination Indirect Discrimination?*, *International Law Journal* 1998, 23-36.









## Europäische Kommission

Trans- und intersexuellen Menschen

Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks

Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union

2012 — 113 S. — 21×29,7 cm

ISBN 978-92-79-22963-3

doi:10.2838/55939

### WO ERHALTE ICH EU-VERÖFFENTLICHUNGEN?

#### **Kostenlose Veröffentlichungen:**

- über EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- bei den Vertretungen und Delegationen der Europäischen Union.  
Die entsprechenden Kontaktdaten finden sich unter <http://ec.europa.eu> oder können per Fax unter der Nummer +352 2929-42758 angefragt werden.

#### **Kostenpflichtige Veröffentlichungen:**

- über EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

#### **Kostenpflichtige Abonnements (wie z. B. das *Amtsblatt der Europäischen Union* oder die Sammlungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union):**

- über eine Vertriebsstelle des Amts für Veröffentlichungen der Europäischen Union ([http://publications.europa.eu/eu\\_bookshop/index\\_de.htm](http://publications.europa.eu/eu_bookshop/index_de.htm)).



Amt für Veröffentlichungen

ISBN 978-92-79-22963-3



9 789279 229633